

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

L'ACTION EN RETRANCHEMENT

DANS SES APPLICATIONS PRATIQUES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Samedi 6 Juin 1908, à 1 heure

PAR

Maurice DÉOTTE

Président : M. PLANIOL, professeur

Suffragants { MM. GEOUFFRE DE LAPRADELLE, *agréé*
CARPENTIER, *chargé de cours*

PARIS

IMPRIMERIE BONVALOT-JOUVE

15, Rue Racine, 15

—
1908

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

L'ACTION EN RETRANCHEMENT

DANS SES APPLICATIONS PRATIQUES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

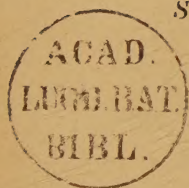
Présentée et soutenue le Samedi 6 Juin 1908, à 1 heure

PAR

Maurice DÉOTTE

Président : M. PLANIOL, professeur

Suffragants { MM. GEOUFFRE DE LAPRADELLE, *agrégé*
CARPENTIER, *chargé de cours*



PARIS

IMPRIMERIE BONVALOT-JOUVE

15, Rue Racine, 15

1908

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

L'ACTION EN RETRANCHEMENT

Dans ses applications pratiques

CHAPITRE PREMIER

Historique

Depuis le jour où la puissance paternelle a été considérée non plus comme une autorité despotique organisée dans le seul intérêt du chef de famille, mais comme une protection instituée au profit des enfants, la sollicitude du législateur n'a cessé d'être mise en éveil par le danger des seconds mariages.

On a trop d'exemples d'individus des deux sexes qui, fatigués, mais non découragés par une première étape matrimoniale, payaient avec le patrimoine promis par la loi aux enfants nés de l'union dissoute l'adhésion d'un collaborateur plus jeune à une nouvelle expérience de la vie conjugale.

Le souci de l'intérêt des enfants du premier lit était — et cela se conçoit — étranger à la Rome de la République et des Césars. Les fameuses lois caducaires du règne d'Auguste, dans le but de repeupler l'Empire, poussaient les hommes au mariage et à la procréation des enfants, mais l'intérêt de ces derniers n'avait pesé d'aucun poids dans la balance du législateur. Les veufs qui ne se hâtaient point de se remarier n'étaient pas mieux traités que les *cælibes* par la loi Julia. Ils ne pouvaient éviter les déchéances prononcées qu'en convolant à de nouvelles noces, à moins que leur âge, en leur assurant des droits à la retraite, ne les eût mis à l'abri des peines du célibat.

Bien plus, un des aspects les plus intéressants et les moins souvent étudiés des lois *caducaires*, est leur caractère de *leges decimariæ*, si bien mis en lumière par Machelard.

S'il n'existe pas d'enfants communs, les époux, d'après les lois Julia et Pappia et Poppea ne peuvent se donner en pleine propriété qu'un dixième. Mais cette quotité s'augmentait d'un dixième, non seulement par chaque enfant commun, mais ce qui est bien plus frappant au point de vue de notre étude, d'un dixième par chaque enfant d'un précédent mariage, si bien que l'époux qui a neuf enfants, soit d'un précédent mariage, soit communs, arrive à la *solidi capacitas*.

C'est absolument le contrepied du système qui, inauguré par le droit byzantin, devait être rétabli en France par l'édit des secondes noces et qui a passé dans les articles 1098, 1496 et 1527 du Code civil.

Autre temps, autres mœurs. A l'époque byzantine, le christianisme avait remis le célibat en honneur, les lois caduques se détruisaient pièce à pièce, l'empereur Léon et une constitution la loi *hac edictali* (1), qui défendait, au moins dans une certaine mesure, les libéralités auxquelles un veuf ou une veuve qui avait des enfants de son premier mariage, eût pu se laisser entraîner au profit d'un nouveau conjoint.

Nous croyons inutile de donner ici le texte de cette constitution : ses termes ont été pour ainsi dire reproduits par l'édit des secondes noces dont nous allons parler tout à l'heure.

Bien souvent ce sont les circonstances qui font les lois : notre article 327 du Code civil qui renverse en matière de questions d'état, l'ordre du criminel et du civil, tire son origine d'une recherche de maternité qui fit grand bruit au XVIII^e siècle : le procès de M^{lle} de Choiseul ; l'édit de 1556 sur l'exhérédation des enfants, mariés sans le consentement de leurs parents, avait été inspiré à Henri II par le ressenti-

1. Loi 6 au code *desecundis nuptiis*.

ment qu'il éprouva du mariage secret avec Jeanne de Piennes de François de Montmorency, fils aîné du connétable auquel il voulait faire épouser Diane de France, une fille naturelle qu'il avait eue de Diane de Poitiers ; le célèbre édit des secondes noccs, point de départ dans notre législation des dispositions qui vont faire l'objet de cette étude, se rattache à un gros scandale dont s'émut la Cour de France en 1560 sous le règne éphémère de François II.

La belle-fille d'un ancien chancelier de France, de Duprat, Anne d'Aligre, restée veuve avec une douzaine d'enfants, s'éprit d'un gentilhomme riche de sa jeunesse, pauvre d'écus Georges de Clermont, marquis de Gallerande. Elle l'épousa et comme les héritiers du sang n'étaient protégés par la réserve des quatre quints des propres que contre les libéralités testamentaires, elle fit donation à son second époux de la plus grande partie de son patrimoine au détriment des nombreux enfants qu'elle avait eus de son premier mariage.

L'indignation fut très vive, le chancelier Michel de l'Hospital, qui savait bien son droit romain, fit revivre sous le nom d'édit des secondes noccs les dispositions de la loi *Hac edictali*.

Le préambule de l'édit s'exprime en ces termes :

« Comme les femmes veuves ayant enfants sont souvent invitées à nouvelles nopces et non cognoissant estre recherchées plus pour leurs biens que pour leurs personnes, elles

abandonnent leurs biens à leurs nouveaux maris et leur font des donations immenses, mettant en oubly le débvoir de nature envers leurs enfans, de l'amour desquels tant s'en faut qu'elles se deussent esloigner par la mort des pères que les voyans destituez du secours et ayde de leurs pères, elles devraient par tous moyens s'évertuer à leur faire double office de père et de mère ; desquelles donations, outre des querelles et divisions d'entre les mères et les enfans, s'ensuit la désolation des bonnes familles et conséquemment diminution de la force de l'estat publique. »

Le texte même de l'édit est ainsi conçu.

« Les femmes veuves ayant enfans ou enfans de leurs enfans, si elles passent à de nouvelles noces, ne peuvent et ne pourront en quelque façon que ce soit, donner de leurs biens meubles, acquêts ou acquis par elles d'ailleurs que de leurs premiers maris, ni moins leurs propres, à leurs nouveaux maris, pères ou enfans des dits maris, ou autres personnes qu'on puisse présumer être par dol ou fraude interposées plus qu'à un de leurs enfans, ou enfans de leurs enfans, et s'il se trouve division inégale de leurs enfans faite entre leurs enfans ou enfans de leurs enfans, les donations faites à leurs nouveaux maris seront réduites et mesurées à raison de celui des enfans qui en aura le moins (1). »

L'édit de juillet 1560 contenait un second chef qui interdisait aux femmes veuves toutes dispositions au

1. Isambert. *Lois anciennes*. — Voir aussi Rousseau de la Courbe.

profit de leur nouveau mari, qui auraient eu pour objet des biens leur provenant des libéralités de leur conjoint défunt. Mais comme ce second chef est sans intérêt au point de vue de la matière et qu'il n'a pas, d'ailleurs été reproduit dans notre législation contemporaine, nous nous contentons d'en mentionner le sens (1).

Les dispositions de l'édit furent insérées dans l'article 279 de la Coutume de Paris en 1580 (2).

L'édit des secondes noces visait les conventions par lesquelles « les femmes abandonnant leurs biens à leurs nouveaux maris, sous prétexte et en faveur de mariage, leur font des donations immenses » (3).

L'on faisait tomber sous le coup de l'édit, non pas seulement les libéralités ordinaires directes et expresses, mais les avantages résultant des conventions matrimoniales (4).

Avec cette observation nous entrons dans le vif de notre matière.

Nous ne nous proposons point en effet, de traiter, d'une manière générale de la réduction à laquelle les libéralités proprement dites sont soumises par l'article 1098 du Code civil, lorsqu'elles sont faites

1. Rousseau de la Courbe.

2. Pothier. *Contrat de mariage*, n° 532.

3. Isambert, t. XIV, p. 36.

4. Bourcart. Note dans Sirey. S. 92. 2. 63.

au profit d'un second conjoint, au préjudice des enfants d'un premier lit, mais seulement des avantages indirects qui sont visés par les articles 1496 et 1527 du même Code.

Nous constatons, par le témoignage unanime des anciens auteurs, que, dès le lendemain de l'apparition, dans notre législation, de l'édit des secondes nocés, la doctrine et les arrêts avaient fait l'application de ses dispositions aux avantages, qui ne constituaient que des conventions de mariage, tels que celui qui résulte de l'inégalité des apports sous le régime de la communauté (1), de l'ameublement (2), de l'adoption de la communauté universelle (3), d'une clause de séparation de dettes.

Pothier résumait en ces termes la doctrine admise par les auteurs et consacrée par les arrêts du Parlement :

« Non seulement les donations formelles sont sujettes à la réduction de l'édit, mais les avantages qui se trouvent enfermés dans des conventions ordinaires de mariage y sont sujets (4).

Cette solution n'avait pas été sans soulever des objections et des doutes, dans le cas où les avanta-

1. Ricard, nos 1201 et 1209.

2. Ricard, n° 1199. — Rousseau de la Courbe, voir Nocés, section IV, n° 2.

3. Guy Coquille Question 92. — Renisson, chap. III. — Arrêt du 29 janvier 1658. *Journal des Audiences*.

4. Pothier. *Contrat de mariage*, n° 549.

ges résultaient de l'adoption tacite du régime de communauté et de l'inégalité des apports. C'est, disait-on, la loi qui fait tomber dans la communauté légale tout le mobilier, et non la volonté des parties.

Pothier répondait : « Nonobstant ce raisonnement il est constant dans l'usage que l'avantage résultant pour un époux, de l'inégalité des apports, de même que celui qui résulte de leur inégalité dans la communauté conventionnelle est sujet à réduction : il est faux que dans le cas de communauté légale, le second mari ne trouve pas cet avantage de sa femme, mais seulement de la loi. Suivant les principes de Dumoulin, lorsque les parties n'ont pas fait de contrat de mariage, elles sont censées être tacitement ou du moins virtuellement convenues de tout ce qu'il est d'usage de convenir dans la province. Ce n'est pas la loi immédiate et *per se* qui y fait tomber en ce cas les choses qui y tombent, c'est la convention tacite ou virtuelle intervenue entre les parties par laquelle elles sont censées être convenues que les choses tombassent dans la communauté qui les y fait tomber. »

Pothier exprimait d'ailleurs le sentiment général de ses contemporains, sentiment que Ferrière résume en quelques mots : « Par le premier chef de l'édit, nous remarquerons que le bénéfice que peut remporter un second mari ou une seconde femme, en entrant en communauté du jour de la célébration du mariage si l'apport n'est pas égal, ce bénéfice est

réductible suivant la disposition de cet édit, parce qu'après la dissolution de la communauté, cela produirait un avantage indirect au profit de ce second mari ou de cette seconde femme, au préjudice des enfants du premier lit. »

Un autre point sujet à controverse fut vite fixé par la jurisprudence : nous avons vu que le préambule de l'édit ne parle que « des femmes veuves ayant enfant » et le texte même du premier chef de l'édit ne vise que les représentants du sexe fragile.

Il est bien vrai que nous lisons dans l'édit de François II « le semblable voulons être gardé és biens qui sont venus aux maris par dons et libéralités de leurs défuntes femmes, tellement qu'ils n'en pourront faire dot à leurs secondes femmes, mais seront tenus de les réserver aux enfants qu'ils ont eus des premières » (1).

Mais il n'est pas besoin d'examiner longuement le texte de cette disposition pour reconnaître qu'elle se rattache au second chef de l'édit, ce dont on pourrait conclure *a contrario* qu'elle est inapplicable au premier.

Mais dès le 16 mai 1578, un arrêt suivi de bien d'autres déclara que les hommes étaient compris dans

1. C'est encore un emprunt au Droit Romain à la loi *Generaliter* de Théodose 1^{er}.

le premier chef de l'édit (1) et c'était l'opinion universellement professée par les auteurs (2).

Les Parlements et les anciens jurisconsultes avaient donné de nombreuses solutions sur les points les plus délicats de la matière, nous nous réservons de les utiliser plus loin pour éclairer les difficultés des controverses contemporaines.

*
* *

Que devint l'édit des secondes noccs au cours de la période intermédiaire ? Qu'advint-il de ses conséquences : l'action en réduction des libéralités proprement dites, l'action en retranchement des avantages indirects ?

La loi du 17 nivôse an II qui, en principe, accordait aux époux la faculté indéfinie de l'avantage, lorsqu'ils n'avaient point d'enfant la limitait au contraire, lorsqu'il existait des enfants, soit communs, soit issus d'un précédent mariage.

Les dispositions de la loi sont formulées dans les articles 13 et 14.

Art. 13. — Les avantages singuliers ou réciproques, stipulés entre les époux encore existants soit par leur contrat de mariage, soit par les actes postérieurs ou qui se trou-

1. Voir ces arrêts dans Brodeau, n° 3.

2. Le Brun, n° 1 et 2. — Renusson, n° 1. — Despeisses, n° 21.

veraient établis dans certains lieux par les coutumes, statuts ou usages, auront leur plein et entier effet, nonobstant les dispositions de l'article 1^{er} auquel il est fait exception sur ce point (1).

Néanmoins, s'il y a des enfants de leur union ou d'un précédent mariage, ces avantages, au cas qu'ils consistent en simple jouissance ne pourront s'élever au delà de la moitié du revenu des biens délaissés par l'époux décédé, et s'ils consistent en des dispositions de propriété soit mobilières, soit immobilières, ils seront restreints à l'usufruit des choses qui en seront l'objet, sans qu'ils puissent excéder la moitié du revenu de la totalité des biens.

Art. 14. — Les avantages stipulés entre époux dont l'un est décédé avant le 14 juillet 1789 seront maintenus au profit du survivant. A l'égard de tous autres avantages échus et recueillis postérieurement ou qui pourront avoir lieu à l'avenir, soit qu'ils résultent des dispositions matrimoniales, soit qu'ils proviennent d'institutions, dons entre vifs ou legs faits par un mari à sa femme ou par une femme à son mari, ils obtiendront également leur effet, sauf néanmoins leur conversion ou réduction en usufruit de moitié, dans le cas où il y aurait des enfants, conformément à l'article 13 ci-dessus.

Il est à remarquer que ces dispositions de la loi du 17 nivôse an II ne semblent établir aucune distinction entre les enfants communs et ceux que le

1. Article 1^{er}. Loi du 17 nivôse an II.

donateur pourrait avoir eus d'un mariage précédent.

La loi du 17 nivôse an II avait-elle donc abrogé la prohibition faite par la loi *hac edictali* et l'édit des secondes noces à l'époux ayant des enfants d'un premier mariage de donner à son second conjoint plus d'une part d'enfant ?

La question ne tarda pas à se poser devant les tribunaux.

Un sieur Moreau, veuf avec huit enfants, avait contracté en 1793 un second mariage. Par un testament du 27 fructidor an IV, il institua ses enfants légataires universels par égales portions, et légua à sa seconde femme l'usufruit de tout son patrimoine.

Au décès du sieur Moreau, survenu l'année suivante, ses enfants attaquèrent le legs fait à leur belle-mère et soutinrent qu'aux termes de la loi *hac edictati* et de l'édit de 1560, il devait être réduit à une part d'enfant.

Le tribunal de Roanne, saisi de la question, rendit le 24 germinal an IX un jugement par lequel il réduisait le legs de la veuve à l'usufruit de la moitié des biens et débouta les enfants du surplus de leur demande.

Les enfants Moreau firent appel de ce jugement, mais la Cour d'appel de Lyon le confirma par un arrêt du 21 avril 1806. Le motif principal de la décision de la Cour était pris dans l'article 61 de la loi du 17 nivôse an II qui, comme aujourd'hui l'article 7 de

la loi du 30 ventôse an XII, déclarait abrogée et non avenue toute la législation antérieure sur la matière traitée par la loi nouvelle.

Il y eut pourvoi en Cassation, mais la Cour suprême, par un arrêt du 8 juin 1808 au rapport de Sieyès, rejeta le pourvoi, affirmant que l'arrêt attaqué avait fait une juste application des articles 13, 14 et 61 de la loi du 17 nivôse an II (1).

L'effet rétroactif des dispositions des articles 13 et 14 de la loi de nivôse (la rétroactivité est un vice familier à la législation successorale de l'an II) au 14 juillet 1789 fut abrogé par les lois des 9 fructidor an III et 3 vendémiaire an IV.

L'édit des secondes nocés avait donc subi une éclipse en l'an II (2). Le Code revendiqua l'héritage du passé, et consacra dans l'article 1098 le principe de la loi *hac edictali*, dans les articles 1496 et 1527, les applications que la doctrine et la jurisprudence en avaient faites dans notre ancien droit.

Art. 1098. — « L'homme ou la femme, qui, ayant des enfants d'un autre lit, contractera un second ou subséquent mariage, ne pourra donner à son nouvel époux qu'une part d'enfant légitime le moins prenant, et sans que dans aucun cas ces donations puissent excéder le quart des biens. »

1. Merlin. *Rép.* V. Nocés (secondes), § 6.

2. En ce sens Boissonnade. *Histoire des droits de l'époux survivant*, n° 438.

C'est, sous une forme généralisée, le premier chef de l'édit de 1560.

Art. 1496. — « Tout ce qui est dit ci-dessus (c'est-à-dire l'ensemble des règles concernant le régime de la communauté) sera observé même lorsque l'un des époux ou tous deux auront des enfants de précédents mariages.

Si toutefois la confusion du mobilier et des dettes opérait, au profit de l'un des époux, un avantage supérieur à celui qui est autorisé par l'article 1098, aux titres Des donations entre vifs et Des testaments, les enfants du premier lit de l'autre époux auront l'action en retranchement.

Les dispositions de l'article 1496 qui ne sont qu'une application conforme aux traditions de notre ancien droit, de l'article 1098 (auquel le texte renvoie) impliquaient *a fortiori* les règles formulées dans l'article 1527. Ce dernier, après avoir posé en principe que les époux peuvent faire toutes les conventions qu'il leur plait d'insérer dans leur contrat de mariage, ajoute :

« Néanmoins, dans le cas où il y aurait des enfants d'un précédent mariage, toute convention qui tendrait dans ses effets à donner à l'un des époux au delà de la portion réglée par l'article 1098, au titre Des donations entre vifs et des testaments sera sans effet pour tout l'excédent de cette portion... »

Il résulte donc très nettement de la genèse histo-

rique de notre législation contemporaine sur la matière que nous avons à étudier, que les rédacteurs du Code ont adopté dans leur esprit et presque calqué, dans leurs termes, les principes posés par l'édit des secondes noces. C'est dire combien est important l'enseignement du passé, au point de vue de la solution des problèmes juridiques, qui vont être discutés au cours de notre étude. Aussi userons-nous largement, suivant en cela l'exemple de la jurisprudence et des maîtres qui font autorité, dans les ressources qui nous ont été léguées par les anciens auteurs comme par les anciens arrêts.

CHAPITRE II

Caractère général des conventions matrimoniales

Il est de principe aujourd'hui incontesté que les avantages pécuniaires qu'un des conjoints peut retirer de la communauté, pour importants qu'ils puissent être, ne sauraient être considérés comme des libéralités. Les articles 1519 et 1525 du Code civil leur donnent le nom de « conventions matrimoniales » et la pratique les traite comme des actes à titre onéreux. Exception s'impose toutefois pour les donations par contrat de mariage, qui interviennent entre les époux, et auxquelles notre Code consacre un chapitre spécial.

Cela n'a pas été admis du premier coup ; ni la jurisprudence, ni la doctrine ne donnaient au principe cette généralité. C'est ainsi qu'en 1850 la Cour de cassation avait décidé que la convention par laquelle des époux stipulent que le survivant d'eux jouira en usufruit de la communauté ne doit être réputée une simple convention de mariage et entre asso-

ciés non sujette aux lois sur les donations qu'autant que les héritiers du prémourant peuvent exercer la reprise des apports et capitaux tombés dans la communauté du chef de leur auteur. Dans le cas contraire les stipulations comprenant autre chose que les simples bénéfices de communauté constituent non la stipulation autorisée par l'article 1525 du Code civil, mais une donation véritable (1).

En 1860, la Cour décidait encore que si la clause d'un contrat de mariage, qui attribue au survivant des époux la totalité de la communauté sans s'étendre aux apports ou capitaux qui y sont tombés du chef de l'autre époux, constitue non une libéralité, mais une simple convention de mariage, il en est autrement de la clause pour laquelle les époux se font l'un à l'autre donation de l'usufruit de tous les biens de la communauté, sans distinction entre les acquêts et les apports en capitaux tombés dans cette communauté, du chef de l'époux prédécédé, cette dernière clause a le caractère d'une libéralité même en ce qui concerne les acquêts (2).

Les deux arrêts de 1850 et de 1860 envisageaient le problème au point de vue des droits d'enregistrement. Un arrêt de 1872 place la question sur un terrain plus voisin de celui qui nous occupe en affir-

1. Cass., 24 décembre 1850 S. 1851. I. 613.

2. Cass., 24 mars 1860 S. 1860. I. 1000.

mant que « la clause d'un contrat de mariage par laquelle les époux, après avoir adopté la communauté sans modification, sont convenus que le survivant aura la toute propriété du mobilier et l'usufruit des immeubles qui dépendaient de la communauté, sans qu'il soit fait de distinction entre les acquêts ou produits de la collaboration commune et les apports et capitaux tombés dans la communauté constitue non une simple convention de mariage entre associés, qui ne serait pas sujette aux lois des donations, mais une donation véritable, réductible si elle excède la quotité disponible » (1).

Quel intérêt avons-nous à invoquer cette ancienne jurisprudence qui était aussi une ancienne doctrine car les mêmes idées étaient enseignées par de nombreux auteurs (2) ?

C'est que les stipulations qui constituent des libéralités n'ont pas besoin pour faire l'objet d'une réduction qu'il existe des enfants d'un précédent mariage de l'un des époux. Il suffit, pour qu'elles soient réduites, qu'il existe des héritiers réservataires, tandis que nous verrons tout à l'heure que l'action à laquelle l'article 1496 donne le nom d'action en retranchement exige impérieusement pour s'ouvrir l'existence d'enfant d'un premier lit.

1. Cass., 15 janvier 1872. S. 72. 1. 357.

2. Par exemple, Delvincourt, Odier, Rodière et Pont.

La question se posait donc de savoir si toutes les conventions matrimoniales dont l'un des époux tirait un avantage pécuniaire constituaient des libéralités, auquel cas elles pouvaient être attaquées par l'action en réduction ordinaire ou si au contraire elles constituaient des conventions de mariage et entre associés ne donnant ouverture à une action en réduction (dite action en retranchement) qu'autant qu'il existait des enfants d'un précédent mariage.

Le principe qui fait d'une manière générale des stipulations matrimoniales d'où résulte au profit de l'un des époux un avantage pécuniaire, une disposition attaquable seulement quand il existe des enfants d'un premier lit, a été consacré très nettement par un arrêt rendu, toutes Chambres réunies, par la Cour de cassation le 19 décembre 1890, arrêt d'autant plus remarquable qu'il rompait avec les traditions précédemment suivies par la Cour suprême.

« En disposant, dit l'arrêt du 19 décembre 1890, que la clause qui attribue la totalité de la communauté au survivant des époux ou à l'un d'eux seulement n'est point un avantage sujet aux règles relatives aux donations, mais simplement une convention de mariage et entre associés, et en refusant ainsi le caractère de donation à celle des clauses de partage inégal qui est le plus favorable à l'époux survivant, la loi a, à plus forte raison, dénié ce caractère aux stipulations qui n'abandonnent à cet époux qu'une partie de la communauté.

Spécialement si, dans leur contrat de mariage, deux époux couvienneient que les biens de la communauté établie entre eux seront partagés par moitié entre le survivant et les héritiers du prédécédé et que le survivant conservera, sauf le cas de convol en secondes noces, l'usufruit et jouissance viagère de la moitié revenant aux héritiers du prédécédé, cette clause constitue une simple convention de mariage, et il importe peu que la communauté sur laquelle s'exerce l'usufruit du survivant comprenne une somme prise en partie sur l'apport du prédécédé et dont la reprise n'a pas été réservée aux héritiers de ce dernier (1). »

Le principe est d'ailleurs affirmé par trop d'articles du Code pour que l'on puisse lui contester une portée générale.

Mais on peut se demander, comme l'a fait M. Bourcard (2), « si le principe est basé sur la nature des choses ou s'il n'est pas de pure invention législative.

« Cela est intéressant, car si le principe est l'expression de la vérité, on ne s'en départira qu'à la dernière extrémité, si au contraire c'est une déclaration de droit positif, une création de la loi, une sorte de fiction légale, il y aura lieu de rechercher les motifs qui ont porté le législateur à prendre une décision de ce genre, et on sera en droit de se demander si, en l'absence de ces motifs, il est dési-

1. Cass., 19 décembre 1890. S. 91. 1. 129.

2. Note sous arrêt de Nancy, du 25 février 1891. S. 92. 2. 63.

nable, légitime et possible de maintenir la décision ».

En d'autres termes l'interprétation des articles 1496 et 1527 sera plus ou moins restrictive suivant que l'on considérera le caractère à titre onéreux des conventions de mariage comme l'expression de la réalité, ou comme une création plus ou moins arbitraire du législateur.

D'où procède ce point de vue spécial, sous lequel sont envisagés les avantages, qui peuvent résulter pour l'un des conjoints du régime matrimonial adopté ? « C'est, dit M. Planiol, une vieille tradition dont les motifs ne sont pas déterminés (1). »

« Le mariage, dit encore M. Planiol, n'est pas une société ordinaire dans laquelle les associés ne recherchent que des avantages pécuniaires et où la proportionnalité des mises et des bénéfices soit de rigueur. D'autres considérations entrent en ligne de compte : l'époux le moins riche a quelquefois d'autres avantages qui contre-balançent la différence des fortunes, tantôt son intelligence et son talent, tantôt son nom et sa situation dans le monde ou dans l'industrie.

Appuyons sur ce point, car il est d'une réelle importance. Supposons deux époux qui apportent : la femme 100.000 francs, le mari 10.000 francs. Il semblerait tout d'abord qu'à la dissolution de la

1. Planiol. *Traité élémentaire du droit civil*, no 1403, t. III.

communauté le mari se trouvera enrichi de la moitié du tout, c'est-à-dire de 45.000 francs. Mais ces 100.000 francs apportés par la femme sont peut-être devenus un million grâce au génie du mari. La femme pour sa part touchera 500.000 francs : qui aura fait la bonne affaire ? l'époux le plus riche à l'origine de la communauté ? ou celui qui avait alors la fortune la plus modeste ? Evidemment l'époux le plus riche à cette époque, et il serait inique de marchander à l'autre des avantages qu'il a si bien payés et qui se justifient si facilement.

Cet argument que nous avons cherché à mettre en pleine lumière est plus séduisant que solide. Dans ce million qui se partage, il faut distinguer deux éléments : 890.000 francs de bénéfices qui doivent normalement échoir pour moitié à chacun des deux époux, soit 445.000 francs pour chacun d'eux et d'autre part 110.000 francs dont le partage égal enrichit le mari (ou ses représentants) au détriment de la femme ou de ses héritiers.

Au fond, le bénéfice du mari procède d'une « véritable libéralité ». L'acquisition à titre onéreux, dit avec raison M. Bourcard (1), est celle qui est réalisée moyennant un équivalent, une contre-partie. Or, l'époux le plus pauvre n'en a point fourni, il a acquis sans rien déboursier en échange, donc à titre gratuit...

1. Note précitée sous Nancy, 25 février 1891.

Les expressions du Code confirment cette manière de voir. L'article 1516 dit : « Le préciput n'est point regardé comme un avantage sujet aux formalités des donations. » L'article 1525 à propos de la clause, attribuant la totalité de la communauté à l'un des deux époux, dit que cette clause « n'est point réputée un avantage sujet aux règles relatives aux donations ». Le Code ne se hasarde pas à dire que ces avantages ne sont pas des donations. Ainsi les arguments de texte conduisent aux mêmes résultats que le raisonnement. Le caractère onéreux des conventions matrimoniales ne procède donc pas de la nature des choses : il découle d'une décision spéciale de la loi. En définitive, le caractère onéreux attribué par la loi aux conventions de mariage rentre dans ce qu'on appelle les fictions légales (1).

M. Laurent n'hésite pas d'ailleurs à employer en notre matière ce mot de fiction légale (2).

La véritable raison du point de vue sous lequel la loi envisage les avantages qui résultent pour un des époux des conventions matrimoniales nous paraît être celle que donne M. Planiol : « qui se plaindrait, dit-il, des avantages faits par l'un des époux à l'autre ? Les enfants nés du mariage n'en souffrent pas : ce qu'ils ne trouvent pas dans la succession d'un de

1. Bourcard, note citée.

2. *Ibid.*

leurs parents, ils l'auront dans celle de l'autre ; il en résulte de plus, un avantage viager pour le conjoint et qui peut même tourner au profit des enfants si c'est le conjoint avantagé qui meurt le premier. Il n'existe donc pas de péril particulier qui rende nécessaire, dans les cas ordinaires, une mesure restrictive de ces avantages matrimoniaux (1).

Voilà la vérité. Que cette considération disparaisse ses conséquences disparaissent aussi. Le caractère d'actes à titre onéreux des conventions de mariage s'évanouit aussitôt qu'il ne serait plus inoffensif. La fiction légale n'a d'autre durée que celle de son innocuité.

Ce qui est certain, c'est que la situation n'est plus la même, lorsqu'il existe des enfants d'un premier lit. Par ce temps de développements sans mesure de la fortune mobilière, qu'une nouvelle Anne d'Aligre se remarie avec un homme sans fortune, les enfants du premier mariage se trouveront frustrés au profit du second mari de leur mère de la moitié d'un patrimoine qu'ils pouvaient légitimement considérer comme destiné à leur revenir. Ils ne sont point les parents du second mari : tout ce qui s'engloutit dans le patrimoine de celui-ci leur échappe définitivement à moins que l'affection douteuse d'un beau père ne vienne leur rendre ce que l'imprudence ou la passion

1. Planiol, tome III, n. 1403.

de leur mère leur a fait perdre. Encore si la loi n'avait porté remède au mal, l'affection du second conjoint pourrait se trouver impuissante à réparer le tort causé par le nouveau mariage, il suffit de supposer que la seconde union a été féconde, et que le beau père enserré par les règles de la réserve ne puisse disposer que du quart d'une fortune dont il profite au détriment des enfants du premier lit.

C'est pour cela qu'a été imaginée l'action en retranchement qui fait l'objet de nos investigations.

CHAPITRE III

Quels avantages sont sujets au retranchement

Délimitons avant tout le terrain de cette étude :

1° Nous n'avons pas à nous préoccuper des libéralités proprement dites, donations ou legs, faites dans le contrat de mariage ou postérieurement. Ces libéralités sont directement visées par l'article 1098 qui est, comme nous l'avons déjà remarqué, la copie presque textuelle du premier chef de l'édit des secondes noces.

2° Nous n'avons pas à nous préoccuper non plus des libéralités déguisées. Ces donations font elles-mêmes l'objet d'un article spécial ; l'article 1099 du Code civil.

Art. 1099. — « Les époux ne pourront se donner indirectement au delà de ce qui leur est permis par les dispositions ci-dessus.

« Toute donation, ou déguisée, ou faite à personnes interposées, sera nulle. »

Et cet article, fort sévère par lui-même, plus sévère encore par l'interprétation qu'en donne la jurisprudence (1) est encore aggravé par les présomptions d'interposition de personnes édictées par l'article 1100.

Art. 1100. — « Seront réputées faites à personnes interposées les donations de l'un des époux aux enfants ou à l'un des enfants de l'autre époux issus d'un autre mariage, et celles faites par le donateur aux parents dont l'autre époux sera héritier présomptif au jour de la donation, encore que ce dernier n'ait point survécu à son parent donataire. »

Nous ne parlerons donc ni des libéralités avouées qui tombent sous l'application immédiate de l'article 1098, ni de celles qui se dissimulent sous la forme d'un contrat à titre onéreux, ou à la faveur d'une interposition de personne, mais seulement de stipulations directes et apparentes qui ont pu n'être point faites dans le but d'avantager un des époux, mais qui ont eu pour résultat de lui procurer un avantage.

1. La jurisprudence en effet interprète le deuxième alinéa de l'article 1099 comme s'il prononçait la nullité des donations entre époux déguisées ou faites à personnes interposées. Ces libéralités sont, non pas réduites à la quotité disponible, mais intégralement anéanties. Cette interprétation a été l'occasion de critiques et de controverses qui sont en dehors de notre sujet et auxquelles par conséquent nous ne pouvons donner place ici.

Avant de nous engager sur le terrain de notre matière nous tenons à le débayer d'une difficulté qui a été soulevée par un certain nombre d'auteurs. Il peut se faire qu'un avantage entre époux procède non des conventions matrimoniales, mais d'actes antérieurs qui ont été faits en vue d'un mariage déjà projeté à l'époque de leur passation.

La plupart du temps ces actes consacreront des libéralités proprement dites, elles pourront aussi, mais bien plus rarement, revêtir l'aspect de conventions à titre onéreux, par exemple d'un acte de société entre un homme et une femme qui ont déjà arrêté un projet de mariage.

Qu'il y ait donation proprement dite ou libéralité déguisée, la loi sera violée. Et nous n'hésitons pas à penser que les enfants d'un premier mariage seraient admis à établir par toute espèce de preuves que le nouveau mariage était déjà arrêté au moment de la passation de ces actes (1)

Mais quelle serait la conséquence de cette preuve une fois faite ? Si l'acte était une libéralité non déguisée, il y aurait lieu à la réduction ordonnée par l'article 1098. Si l'acte était une libéralité déguisée, la sanction de la violation de la loi consisterait dans la nullité de l'acte.

1. En ce sens Demolombe, t. XXIII, n° 574. — Toullier, t. V, n° 876. — Aubry et Rau, t. VII, § 690.

Que faudrait-il décider dans le cas où l'acte incriminé serait un acte de société ? Faudrait-il appliquer les articles 853, 854 du Code civil ? Nous sommes porté à croire que ces articles seraient insuffisants à régir la matière.

Il est à remarquer d'abord que le nouveau conjoint n'est pas un successible. D'autre part, le projet de mariage (nous supposons qu'il est prouvé) entache les conventions passées entre les futurs époux d'une suspicion de fraude qui les rend passibles de la nullité édictée par l'article 1099.

On objectera que les conventions dont il s'agit ne sont pas intervenues entre deux époux. Mais l'objection ne résiste pas à cette considération que les conventions matrimoniales auxquelles l'article 1496 applique les dispositions des articles 1094 et 1098 n'ont pas été non plus passées entre les époux, puisque le contrat de mariage doit être obligatoirement dressé avant la célébration du mariage.

Nous serions bien dans le cas de conventions matrimoniales, mais de conventions matrimoniales dont le caractère est aggravé par le voile dont elles sont enveloppées. La réduction ne nous apparaît pas, dans l'espèce, comme une mesure suffisante et conforme à l'esprit de la loi. C'est la nullité qui s'impose.

SECTION I

Avantages résultant de la confusion du mobilier et des dettes sous le régime de la communauté

Nous citerons en première ligne parmi les avantages sujets à retranchement celui qui résulte de la confusion du mobilier ou de la confusion des dettes, sous le régime de la communauté.

La simple adoption de ce régime peut avoir pour effet de procurer un avantage considérable à l'un des conjoints aux dépens de l'autre. Il suffit, pour cela, qu'il y ait inégalité, entre leurs apports actifs et passifs : ainsi l'entrée en communauté d'un mobilier important appartenant à l'un des époux en fait acquérir la moitié à son conjoint, et cette acquisition est pour celui-ci un pur gain, en totalité s'il n'a rien à mettre dans la communauté, en partie, s'il y met un mobilier de valeur moindre.

Le même effet se produit en sens inverse si l'un des époux a des dettes nombreuses qui tombent en communauté d'une manière définitive comme n'étant pas relatives à des propres ; il se trouve libéré aux dépens de l'autre de la moitié de son passif (1).

La simple adoption du régime de la communauté,

1. Planiol, t. III, n° 1403.

disent les auteurs : faut-il entendre ces mots de l'adoption expresse du régime de la communauté — bien rare dans la pratique — ou de l'adoption tacite qui résulte de l'absence de contrat de mariage ?

On aurait pu croire enterrée depuis le temps de Pothier cette controverse que nous avons rapportée dans notre introduction historique (1).

Il n'en est rien cependant et, en 1891, la Cour de Nancy a encore admis la théorie que Pothier combattait avec tant de vigueur.

« Attendu, dit l'arrêt, que... la question que la Cour a à examiner est celle de rechercher et de définir la véritable nature des avantages qui résultent au profit de l'un des époux de l'adoption du régime de la communauté légale, à défaut de contrat de mariage, lorsque son conjoint a des enfants d'un lit précédent.

« Attendu que la loi considère en principe les conventions matrimoniales, comme constituant dans leur ensemble un contrat à titre onéreux, sans distinction entre celles que les époux acceptent tacitement quand ils se marient sans contrat, et celles qu'ils stipulent expressément quand il font un contrat de mariage.

« Attendu que l'avantage que ces conventions procurent aux époux et à l'un d'eux est donc assimilé à un avantage résultant d'un contrat à titre onéreux; que par suite les héritiers réservataires de l'époux qui a consenti cet avantage

1. Voir *supra* page 11.

sont sans droit pour en demander la réduction quelque considérable qu'il soit.

« Attendu que les articles 1496 et 1527 dérogent, il est vrai, à la dernière de ces règles, dans le cas de convol dudit époux, lorsqu'il a des enfants issus d'une union précédente.

« Attendu que la disposition de ces articles, qui permet aux enfants du premier lit d'obtenir par voie de retranchement la réduction de l'avantage procuré par leur auteur à son nouveau conjoint si cet avantage excède celui que l'article 1098 autorise, n'implique pas forcément que le législateur ait voulu assimiler un tel avantage à une véritable donation.

« Attendu que, s'il en était autrement, il faudrait alors l'appliquer aux avantages résultant, pour les seconds conjoints, de la nature même du régime de la communauté légale et décider notamment qu'en cas de divorce ils seront atteints par la déchéance de l'article 299 du Code civil ; qu'ils seront révocables pour cause d'ingratitude ou encore qu'ils seront affranchis de toute obligation aux dettes, ce qui n'est cependant jamais venu et ne saurait jamais venir à l'idée de personne.

« Attendu qu'il ne faut donc voir dans le renvoi que les articles 1496 et 1527 font aux dispositions de l'article 1098 qu'un mot employé par le législateur pour fixer la mesure de ce que le conjoint d'un veuf ou d'une veuve pourra recevoir en sa qualité de commun en biens, dans le cas particulier que ces articles prévoient et non une transformation quelconque de la nature même du titre de cet époux...

« Qu'on ne comprendrait pas que cette attribution que la loi fait elle-même, puisque c'est elle qui, à défaut de contrat de mariage ou de stipulations particulières de la part des époux dispose pour eux et détermine leurs droits réciproques sur les biens de la communauté, pût changer de caractère suivant que l'un des époux aurait des enfants d'un premier lit ou qu'il n'en existerait pas, ou suivant que le prémourant serait cet époux ou son conjoint...

« Attendu dès lors que la communauté légale acceptée par les époux Firino quand ils se sont mariés sans contrat, n'a pu constituer au profit de l'épouse survivante une libéralité imputable... mais simplement un avantage résultant d'un contrat à titre onéreux entre associés... (1).

C'est cet arrêt qui a inspiré à M. Bourcart la note à laquelle nous avons emprunté plus haut quelques idées générales.

L'arrêt de Nancy est une charge à fond contre la doctrine de Pothier et de ses contemporains contre la tradition par conséquent. Nous avons déjà donné dans notre introduction historique l'argument devant lequel avaient cédé les objections des dissidents. « Lorsque les parties n'ont pas fait de contrat, elles sont censées être virtuellement convenues de tout ce qu'il est d'usage de convenir dans la province. Ne pas faire de contrat de mariage, c'est adopter inten-

1. Nancy, 25 février 1891. S. 92. 2. 63.

2. V. *supra*, p.

Déotte

tionnellement le régime de la communauté. Et en fait c'est bien ce qui arrive toutes les fois que les gens qui se marient sans contrat ne sont pas totalement dépourvus de fortune. S'ils ne font pas de contrat de mariage, c'est qu'ils veulent que leur union soit régie par les règles du droit commun, dont ils acceptent consciemment les conséquences.

Une autre réponse à la doctrine de l'arrêt de Nancy est cette observation générale faite par M. Bourcart et que nous avons déjà relevée : que le caractère à titre onéreux des conventions matrimoniales est une pure création du droit positif, contre laquelle la réalité des faits doit prévaloir lorsque la loi nes'y oppose pas formellement.

« Ce sont là, à notre sens, les réponses à faire aux arguments généraux sur lesquels la Cour de Nancy appuie sa doctrine, mais l'arrêt s'étaie aussi de considérations de détail qui ne laissent pas, au premier coup d'œil, de paraître fort embarrassantes.

« Si vous admettez, dit l'arrêt, que l'adoption tacite du régime de la communauté, à défaut de contrat de mariage, constitue une libéralité au profit du conjoint dont l'apport est le moindre, vous serez obligé d'en conclure que cette libéralité tombe, lorsque le divorce est prononcé contre le bénéficiaire, qu'elle est révocable pour cause d'ingratitude, et qu'elle est affranchie de tout contribution aux dettes. »

A cela, M. Bourcart répond avec beaucoup de

raison : « Nous ne songeons nullement à contester au second époux la qualité de commun en biens... Toute notre proposition consiste à dire que cette qualité de commun en biens, lorsqu'il y a des enfants du premier lit, n'est point envisagée de la même manière par la loi que lorsqu'il n'y en a pas. Il est donc incontestable que le deuxième époux reste, en sa qualité de commun, tenu des dettes de la communauté, cela n'a rien que de très naturel.

Il nous paraît ensuite que c'est un raisonnement excessif et peu justifié que de prétendre que, si on envisage comme donataire le second époux commun en biens, il faudra forcément lui appliquer toutes les règles qui gouvernent les donations entre époux et futurs époux. Rien n'autorise une pareille argumentation. Au contraire, tous les principes et tous les textes que nous avons invoqués sont relatifs uniquement aux enfants du premier lit ; ils sont par conséquent les seuls à pouvoir invoquer des dispositions qui ne sont faites que pour eux (1).

« Par suite, il n'y a point à faire intervenir des règles telles que la déchéance de l'article 299 et la révocation pour cause d'ingratitude parce que ces règles gouvernent les rapports des époux entre eux,

1. C'est un point à retenir et que nous examinerons à nouveau un peu plus loin en nous demandant si l'époux remarié qui a des enfants ne serait pas admis à exercer lui-même l'action en retranchement.

et non pas les rapports du deuxième époux avec les enfants du premier lit.

« Comme la théorie du caractère gratuit des conventions matrimoniales n'apparaît dans la loi qu'à l'occasion de l'intérêt des enfants du premier lit, il n'y a pas à en tirer des conséquences qui dépasseraient la volonté formellement exprimée par le législateur.

Voilà la question mise au point. Aubry et Rau décident dans le même sens qu'il importe peu pour l'application du second alinéa de l'article 1496 que les époux aient adopté expressément le régime de la communauté légale ou qu'ils s'y soient soumis tacitement en s'abstenant de faire un contrat de mariage (1).

Nous ne croyons pas nous aventurer en affirmant que la doctrine s'est ralliée presque unanimement à l'opinion traditionnelle (2).

Quant aux arrêts, les plus récents parmi ceux qui ont adopté notre théorie nous paraissent être l'arrêt de la Cour de Bourges du 28 décembre 1891 (3) et l'arrêt de Rouen du 29 janvier 1892 (4). Tous deux

1. Aubry et Rau, t. VII, § 690, note 15.

2. En ce sens, Guillouard, t. III, n° 1341. — Demôlombe, t. XXIII, n° 576. — Marcadé sur l'art. 1496, n° 2. — Colmet de Santerre, t. VI, n° 158. — Laurent, t. XXIII, n° 404.

3. S. 92. 2. 69.

4. S. 92. 2. 164.

s'accordent pour proclamer que l'avantage qui résulte pour l'un des époux, sous le régime de la communauté légale, de la confusion du mobilier et des dettes constitue, au regard des enfants d'un premier lit, une véritable libéralité sujette à l'action en retranchement.

L'arrêt contraire de Nancy paraît s'inspirer de cette idée qu'il n'y a libéralité qu'autant qu'il y a intention libérale. C'est, selon nous, une idée erronée et il suffit, pour en faire justice, de lire, sinon l'article 1496, qui ne jette pas précisément de lumière sur la question, du moins l'article 1527, aux termes duquel est soumise à l'action en retranchement toute convention qui tendrait dans ses effets à donner à l'un des époux au delà de la portion réglée par l'article 1098.

L'ouverture du droit des enfants du premier lit procède donc, non pas de l'intention de l'époux remarié, mais des effets produits par l'acceptation conventionnelle ou tacite du régime de la communauté.

L'espèce de l'arrêt de Bourges est très importante à retenir au point de vue de cette inutilité de l'intention libérale (1).

M^{me} d'Aigurande avait épousé en troisièmes noces le 17 août 1852 M. Duport de la Touche. Leur contrat de mariage, passé le 8 septembre suivant, c'est-

1. Conf. Planiol, t. III, n° 1407.

à-dire après le mariage, stipulait le régime de la séparation de biens.

Ce contrat, postérieur au mariage, ne pouvait manquer d'être annulé et il le fut en effet par un jugement du tribunal de Châteauroux du 12 avril 1880, confirmé par un arrêt de la Cour de Bourges du 20 novembre suivant.

M^{me} de la Touche n'avait donc pas eu l'intention de gratifier son troisième mari au détriment des enfants issus de ses unions précédentes. Elle s'était réservé, et par conséquent elle leur avait réservé sa fortune.

Mais par l'effet inévitable de l'annulation de son contrat de mariage, elle se trouvait mariée contre sa volonté, sous le régime de la communauté légale et c'était de cette annulation imposée du contrat de mariage que résultait l'avantage qui échéait non à M. Duport de la Touche prédécédé, mais à un enfant issu du troisième mariage avec M. de Belissen.

Cela n'empêcha pas la Cour de Bourges de considérer l'avantage résultant de l'inégalité des apports des deux époux comme une libéralité sujette à retranchement.

SECTION II

Successions échues pendant le mariage

Ce que nous décidons des avantages résultant au profit d'un second conjoint de ce que l'époux qui a des enfants d'un premier lit est plus riche que l'autre en valeurs mobilières au moment du mariage est-il applicable au cas où l'époux qui a des enfants recueille pendant le mariage des successions mobilières ?

D'après Pothier, on ne devrait avoir aucun égard aux successions mobilières échues au veuf ou à la veuve pendant le nouveau mariage, de telle sorte que la moitié de ces successions dont le nouvel époux profiterait ne formerait pas un avantage passible de réduction ou retranchement (1).

Bretonnier, dans ses observations sur Henrys (2) mentionne un arrêt du 25 juin 1703 (et Pothier n'a pas manqué bien entendu de rapporter cet arrêt) lequel, sur un appel du baillage de Sens, avait jugé que les enfants d'un premier mariage n'étaient pas fondés à réputer pour avantage fait par leur mère à leur beau-père la part qu'il avait eue dans le mobi-

1. Pothier, *Traité du Contrat de Mariage*, n° 553.

2. Bretonnier sur Henrys, t. I, l. 4, question 58. Cet arrêt est d'ailleurs également cité par Rousseaud de la Combe. V. Noces (Secondes).

lier d'une succession échue à leur mère durant ce second mariage.

Pothier reconnaît d'ailleurs l'existence de controverses sur la question.

La jurisprudence contemporaine n'eut pas à résoudre la question jusqu'en 1868, mais la doctrine presque à l'unanimité s'était prononcée contre la solution de Pothier (1).

On rencontre cependant dans la doctrine, au moins chez des auteurs un peu anciens, des solutions dissidentes.

C'est ainsi que Toullier enseigne que « s'il est échu des successions mobilières à la personne qui, ayant des enfants s'est remariée, cet événement ne forme pas un avantage sujet à réduction contre le nouvel époux, quoiqu'il recueille dans la communauté la moitié de ces successions : ce cas est différent des apports inégaux au moment du mariage. L'inégalité de cet apport est quelque chose de certain et de déterminé, dont en se remariant, l'un des époux,

1. En ce sens Duranton, t. XIV, n° 520. — Marcadé, t. V, sur l'article 1496. — Zachariæ, Massé et Verger, t. IV, § 637, note 19. — Aubry et Rau, t. V, § 690, texte et note 14. — Laurent. *Principes du droit civil*, t. XXIII, n° 485. — Guil-louard. *Traité du contrat de mariage*, t. III, n° 1432. — Trolong, t. III, n° 2214. — Odier, t. I, n° 502. — Rodière et Pont, t. III, n° 1624. Ancelot sur Grenier. *Donations et testaments sur l'article 1099*, t. VI, n° 694, note a.

par le défaut de réserve, se dépouille pour le mettre en communauté. Au contraire, les successions futures sont incertaines, il est incertain si elles écherront à l'époux qui se remarie, si elles écherront pendant le mariage, si elles seront lucratives : en un mot celui qui ne réserve pas les successions futures ne se dépouille de rien. Ce défaut de réserve ne peut donc être considéré comme un avantage fait à l'autre époux (1).

Toullier apporte néanmoins un tempérament à la théorie, dans le cas où le nouvel époux se réserverait propres les successions futures qui pourraient lui échoir, tandis que celui qui se remarie omettrait de faire la même réserve, quoiqu'il eût l'espoir prochain de recueillir des successions opulentes. Il y a apparence, dit Toullier, que ces deux circonstances réunies feraient considérer l'omission comme un avantage indirect fait au nouvel époux et par conséquent sujet à réduction.

Ce système a été encore enseigné plus près de nous par Bellot des Minières (2) et assez récemment par de Folleville (3).

1. Toullier copie presque textuellement sans en avertir le lecteur, un passage de Pothier. (*Contrat de mariage*, n° 553.)

2. Bellot des Minières. *Contrat de mariage*, t. II, 568.

3. *Traité du contrat pécuniaire de mariage*, t. I, n° 544. Ce premier volume est d'ailleurs unique, M. de Folleville n'ayant pas eu le temps d'achever son ouvrage.

M. De Folleville, tout en reconnaissant que la solution qu'il combat a rallié la plupart des auteurs modernes, la déclare cependant contestable :

« En ce qui concerne, dit-il, les termes eux-mêmes de l'article 1496, nous ne pensons pas qu'on puisse arbitrairement séparer le deuxième alinéa du premier. Or, l'idée enfermée dans le premier alinéa, c'est qu'il s'agit de dispositions contenues dans le contrat de mariage : dès lors on doit admettre que le législateur a eu en vue dans le second alinéa aussi les avantages résultant exclusivement du contrat de mariage. »

A quoi l'on peut répondre que le contrat de mariage régit non seulement le présent, mais l'avenir de l'association conjugale, et que c'est par l'effet de ses stipulations implicites ou explicites que les successions mobilières tombent dans la communauté.

« D'ailleurs, ajoute M. de Folleville, il nous semble difficile de s'écarter, sans de meilleures raisons, de la doctrine suivie par l'ancien droit et en particulier par Pothier, ce guide habituel des rédacteurs du Code.

C'est résoudre la question par la question puisqu'il s'agit de savoir précisément si le Code n'a pas eu de bonnes raisons de s'écarter de la théorie de Pothier.

« Enfin si la loi n'a pas voulu permettre que les époux se fissent des avantages au détriment des

enfants d'un précédent mariage, il est bien certain ? que c'est dans cette limite seulement qu'elle doit être entendue. Or, peut-on considérer raisonnablement comme des avantages faits par un conjoint à son conjoint au détriment des enfants d'un premier lit, la chute, dans la communauté des successions ou donations qui échoient pendant le mariage... C'est là en effet quelque chose de tout à fait incertain, de tout à fait aléatoire. Ce sont de simples espérances. »

Ici, M. de Folleville calque si exactement les arguments de ses devanciers et spécialement de Pothier, que nous croyons inutile de poursuivre plus loin notre citation.

Les arguments, d'ailleurs assez faibles que présentent Toullier, Bellot des Minières et Folleville, ne parviennent pas à nous convaincre. Toullier et ses imitateurs sont, comme on le voit bien, dominés par cette idée inexacte, selon nous, et selon l'avis de la plupart des auteurs que l'intention libérale n'est point indifférente en cette matière.

Nous répétons, d'accord avec M. Planiol, que « quand une clause est avantageuse par sa nature pour le second conjoint, il importe peu que l'époux remarié ait eu ou non l'intention de faire une libéralité : la loi ne s'attache qu'aux effets (1).

La doctrine de Toullier et de Bellot des Minières

1. Planiol, t. III, n° 1407.

est contraire au titre du second alinéa de l'article 1496 qui ne distingue pas entre le mobilier échu aux époux pendant le mariage, et celui qu'ils possédaient en se mariant. Que l'on doive s'attacher uniquement, comme le dit M. Planiol, aux effets produits par les conventions matrimoniales, indépendamment de toute considération de l'intention des parties, c'est ce qui résulte clairement du deuxième alinéa de l'article 1527 ainsi conçu.

« Néanmoins, dans le cas où il y aurait des enfants d'un précédent mariage, toute convention qui tendrait dans ses effets à donner à l'un des époux au delà de la portion réglée par l'article 1098... sera sans effet pour tout l'excédent de cette portion. » (1)

La question s'est posée pour la première fois devant les tribunaux en 1868.

Elle a été résolue par un arrêt de la Cour de Caen du 21 novembre 1868 (2) aux termes duquel « l'article 1496 du Code civil, portant que si la confusion du mobilier et des dettes opère au profit de l'un des époux un avantage supérieur à celui qui est autorisé par l'article 1098, les enfants du premier lit de l'autre époux auront l'action en retranchement, n'a pas seulement en vue la confusion des apports lors du mariage il se réfère aussi au mobilier et aux dettes

1. Aubry et Rau, t. VII, § 690 note 14.

2. *Journal du Palais*, 1869, p. 1024.

qui entrent dans la communauté pendant le mariage, par exemple à un legs mobilier recueilli par cet époux » (1).

L'arrêt est très explicite sur le point qui nous occupe : « Le premier alinéa de l'article 1496 énonce que tout ce qui a été dit sur la communauté légale sera observé, même lorsque l'un des époux ou l'un d'eux auront des enfants d'un précédent mariage : il indique formellement que le texte entier de l'article 1496 se réfère aux dispositions antérieures parmi lesquelles sont les deux articles 1401 et 1409, et que ces deux articles faisant entrer dans la communauté légale tout le mobilier présent et futur sans distinction aucune, ainsi que les dettes présentes et futures il était complètement inutile de dire autrement que ne l'a fait l'article 1496 que le mobilier et les dettes dont la confusion pouvait donner ouverture à l'action en retranchement étaient exactement ceux dont il s'agit dans les articles 1401 et 1409 précités.

« D'ailleurs si l'on eût voulu restreindre l'action en retranchement à la confusion des apports, rien n'était plus simple que de l'exprimer, ce qui n'a pas eu lieu.

1. S. 1869. 2. 262. C'est précisément à l'occasion de cet arrêt que M. de Folleville formula à la conférence du doctorat qu'il faisait lui-même en 1882-1883 aux étudiants de la Faculté de Douai le système qu'il a publié dans son *Traité du Contrat pécuniaire du mariage*.

Enfin le but de la loi, si clairement manifesté dans l'article 1098, serait en partie manqué, si la confusion qui s'opère pendant le mariage produisait un résultat irrémédiable ; on n'aperçoit aucune raison plausible d'établir une distinction entre la confusion du mobilier présent et du mobilier futur puisque l'un et l'autre portent à la prohibition de l'article 1098 une égale atteinte.

« Vainement, compare-t-on les expressions de l'article 1542 du Code Napoléon avec celles de l'article 1496, pour en induire que le mot *mobilier*, employé seul ne comprend que les apports ; la preuve du contraire, résulte de l'article 1542 lui-même puisque si grammaticalement et juridiquement *mobilier* signifiait uniquement le mobilier présent, il n'y aurait pas eu besoin d'ajouter à l'article 1542 un alinéa spécial pour dire que la constitution en termes généraux de tous les biens de la femme ne comprend pas les biens à venir. »

Cet arrêt très travaillé donne une synthèse aussi complète que possible de la discussion.

Sa doctrine a été généralement suivie par les tribunaux et reproduite en dernier lieu par l'arrêt de la Cour de Rouen du 29 janvier 1892 (1) d'après lequel l'action en retranchement n'a pas seulement en vue la confusion des apports lors du mariage,

1. Affaire Ragain-Céléon (précitée).

mais se réfère aussi bien au mobilier échu à l'un des époux pendant le mariage, spécialement par voie de succession et qui est tombé dans la communauté (1).

La Cour précise « que l'avantage qui résulte pour l'un des époux sous le régime de la communauté légale, de ce que les valeurs mobilières appartenant à l'autre époux et lui provenant de successions échues pendant le mariage, sont tombées dans la communauté, constitue au regard des enfants du premier lit une véritable libéralité ».

SECTION III

Revenus. — Economies

Les avantages provenant des revenus que le conjoint remarié peut verser dans la communauté en plus grande abondance que l'autre, sont-ils sujets à retranchement ?

Cette question qui, comme nous allons le voir, est formellement tranchée par les termes mêmes de notre

1. Marcadé, t. V, art. 1496, n° 2. — Duranton, t. XIV, n° 528. — Aubry et Rau, t. V, § 698 texte et note 14. — Guilouard. *Contrat de mariage*, t. III, n° 1432. — Massé et Vergé, t. IV, § 637, note 19. — Troplong. *Contrat de mariage*, t. III, n° 2214. — Nazeille. *Donations et Testaments*, article 1099, n° 5. — Rodière et Pont, t. III, n° 1624. — Duvergier sur Toullier, t. XIII, n° 290.

Contra: Bellot de Minières, t. II, p. 568. — Toullier, t. XIII, n° 290.

article 1527 et qui, par conséquent, ne devrait plus avoir qu'un intérêt historique, n'avait pas échappé à l'attention de nos anciens auteurs.

« Lorsque le second mari, dit Pothier, a un talent, une profession lucrative qui a produit beaucoup à la communauté, est-il fondé à prétendre que ce qu'il apporte en talent, supplée à ce qu'il a apporté en biens de moins que la femme a apporté en biens de plus que son mari, ne doit pas être censé un avantage fait à ce second mari, lequel par son talent qu'il apporte à la communauté fournit l'équivalent de ce que sa femme a apporté et même souvent plus ?

« On peut dire, en faveur de la prétention du second mari que, selon les règles du contrat de société, l'industrie que l'un des associés apporte à une société, lorsqu'elle est appréciable, peut être l'équivalent de ce que l'autre associé y a apporté en plus, de biens. » — « *Societas (universorum bonorum) coiri potest, etiam inter eos qui non sunt æquis facultatibus, cum plerumque pauperior opera suppleat, quantum ei per comparisonem patrimonii deest (1).* »

Pothier se demande si ce mode d'appréciation est applicable à l'espèce qu'il a posée et il conclut à la négative en l'appuyant sur des arguments qui ne

1. Digeste, § 15, § 1. *Pro Socio.*

sont pas bien serrés, ni bien convaincants. « Je pense, dit-il, que le principe, quoique vrai dans la théorie, ne doit pas ordinairement dans la pratique être appliqué à l'espèce en question : 1^o Parce que l'estimation de cette industrie du mari est quelque chose de trop arbitraire et de trop difficile (?) ; 2^o parce que la femme apporte de son côté une espèce d'industrie qui souvent profite d'avantage à la communauté que l'industrie de son second mari. C'est sur elle que tombe le soin du ménage, pendant que le mari est occupé de son art ou de sa profession, et souvent ce soin qu'une femme apporte à son ménage, enrichit plus la communauté que les gains que fait dans l'exercice de son art ou de sa profession, le second mari qui très souvent les dépense aussi facilement qu'il les fait. L'industrie du mari étant donc compensée avec celle de la femme ne peut plus servir d'équivalent à ce que la femme a apporté de plus que lui en biens. »

Pothier raisonne sur les marges de la question. Il peut très bien se faire que les bénéfices de l'industrie du mari ne soient pas difficiles à évaluer : l'évaluation serait toute faite si par exemple la profession du mari rapportait à ce dernier des appointements fixes considérables — pourquoi, d'autre part introduire dans la discussion cette hypothèse que le mari dépense peut-être ses bénéfices professionnels aussi facilement qu'il les gagne ?

On ne peut fonder sur une augmentation aussi spéciale une conclusion générale aussi le grand juris consulte n'aboutira-t-il par cette voie qu'à une solution d'espèce.

Néanmoins, si les gains que le second mari a coutume de retirer de sa profession étaient si immenses qu'ils montassent pour une seule année à une plus grosse somme que celle que la femme a apportée de plus que lui et que la communauté se fut trouvée considérablement enrichie de ces gains, les enfants auraient en ce cas mauvaise grâce à opposer au second mari que leur mère aurait fait à la communauté un apport plus considérable que le sien.

Le vice ou tout au moins l'insuffisance du raisonnement de Pothier est rendu plus sensible par la distinction que le jurisconsulte va se trouver conduit à faire entre le mari et sa femme.

Le second mari, ajoute Pothier, n'est censé avantage que de ce que la femme a apporté de plus que lui en principal, si la femme apporte de plus que lui en revenus, n'est pas réputé un avantage prohibé et réductible qu'elle fasse à son second mari. C'est pourquoi si une femme qui a par exemple 10.000 livres de revenus s'est remarié à un homme qui n'en a que la dixième partie et a contracté avec lui communauté de biens dans laquelle entreront ses revenus pendant tout le temps qu'elle vivra, Ricard décide qu'en ce cas quoique le second mari profite des revenus de

sa femme, néanmoins cette communauté n'est pas réputée un avantage qui puisse être réductible suivant l'édit (1).

Ce que l'on démêle au travers de cette discussion assez diffuse, c'est que les revenus et les bénéfices professionnels des époux ne comptent pas dans le calcul de la masse sur laquelle s'exerce l'action en retranchement. Encore Pothier n'en est-il pas bien sûr, puisque dans le cas où les bénéfices de la profession de l'un des époux seraient « immenses » il semble admettre que ces bénéfices « immenses » ne pourraient entrer en compensation avec l'excédent de capitaux apporté par l'autre époux.

La solution hésitante de Pothier nous donne-t-elle l'aspect exact de la doctrine de son temps ? Nous n'avons trouvé aucun document qui nous permette d'affirmer le contraire.

Plus heureux que les commentateurs de l'édit des secondes nocés, nous trouvons dans le Code une disposition positive, l'alinéa final de l'article 1527, ainsi conçu...

« ... Les simples bénéfices résultant des travaux communs et des économies faites sur les revenus respectifs, quoique inégaux des deux époux ne sont pas considérés comme un avantage fait aux enfants d'un premier lit. »

1. Pothier, *Traité du Contract de mariage*, n. 552.

2. Guillouard, *Contract de Mariage*, n. 1433.

Mais quel est le sens précis de cette disposition, signifie-t-elle que le partage égal de bénéfices importants de la communauté adoptée comme régime du second mariage ne sera pas réputé constituer un avantage défendu par l'article 1098 ? ou bien cela veut-il dire que la masse de ces bénéfices est entièrement soustraite à l'application des articles 1098 et 1496, de sorte que l'époux remarié pourrait en disposer librement et sans réserve au profit de son deuxième conjoint ?

A en croire Aubry et Rau qui ne citent d'ailleurs aucun nom, certains auteurs auraient donné à la disposition de l'article 1527 ce dernier sens. « Comme la disposition finale de l'article 1527, disent nos auteurs, porte en termes généraux que les simples bénéfices et les économies ne constituent pas des avantages indirects, on a voulu soutenir qu'elle s'appliquait même à la stipulation qui attribuerait à l'un des époux la totalité des bénéfices et des économies. Mais il faut croire qu'en rédigeant cette disposition, le législateur a eu en vue le cas ordinaire du partage de la communauté par moitié, et que son intention a été uniquement de soustraire les résultats d'un pareil partage à l'application de la disposition du troisième alinéa de l'article 1527 dans le cas même où la mise du nouvel époux aurait été inférieure à celle de son conjoint. Les termes incidents « quoique inégaux » qui se trouvent dans la dernière partie de cet article nous

semblent justifier cette manière de voir qui est d'ailleurs conforme à la règle *exceptio est strictissimæ interpretationis* (1).

Nous avons vainement cherché quels pouvaient être les auteurs auxquels Aubry et Rau font allusion.

Scul, dit une note de Devilleneuve (2) (Toullier, t. XIII, n° 422) hésite sur ce point. La référence de l'arrêt est inexacte, et dans les passages où il a réellement traité la question (3) Toullier ne manifeste point la moindre hésitation.

Il faut remarquer dit-il, que cette disposition (la disposition finale de 1527) n'a pour objet que d'autoriser le partage égal des bénéfices de communautés dans lesquelles des mises inégales ont eu lieu sans que ce partage égal puisse être réputé un avantage au profit de celui des époux dont la mise a été nulle ou moindre que celle de l'autre époux, mais on peut étendre la même disposition à une stipulation qui appellerait l'époux survivant à la totalité de ces mêmes bénéfices.

Cela est parfaitement net ; Toullier n'est pas un instant en dissidence avec les auteurs qui nous paraissent unanimes à considérer que toute clause de partage inégal des bénéfices de communauté cons-

1. Aubry et Rau, t. VII, p. 275, § 690 note 17.

2. Sous Cassation du 13 juin 1855. S. 55. 1. 5. 13.

3. T. V, nos 899 et 900.

titue un avantage tombant sous le coup de l'action en retranchement (1).

L'allusion d'Aubry et Rau vise peut-être un arrêt de la Cour de Douai (2) qui fut cassé pour un arrêt de la Cour de cassation du 2 mai 1808 (3) et plus probablement des conclusions données par l'avocat général de La Baume, conclusions qui tendaient à la réformation par la Cour de Paris d'un jugement rendu par le tribunal de Pontoise à la date du 26 août 1853 (4) en conformité avec la doctrine des auteurs.

Nous croyons devoir reproduire les termes dans lesquels M. l'avocat général Goirand de La Baume a conclu à l'infirmité.

« Selon nous, la décision attaquée se méprend sur l'esprit de la loi et en fait une mauvaise application.

« Dans un but qui n'appartient pas moins à la morale qu'à la saine politique, le législateur a voulu non seulement permettre mais suggérer aux époux des conventions matrimoniales qui peuvent exciter entre eux une louable émula-

1. Delvincourt, II, p. 654. — Bellot des Minières. *Contrat de mariage*, t. III, p. 309. — Duranton, t. XV, n° 244. — Rolland de Villargues. *Rép.*, V° Communauté, n° 778. — Glan-derz. *Encyclopédie de droit*, V° Communauté, n° 460. — Odier. *Contrat de mariage*, t. II, n° 920. — Rodière et Pont, *id.*, t. II, n° 348. — Troplong, *id.*, t. III, n° 2217. — Marcadé sur l'article 1521, n° 3. — Planiol, t. III, n° 1406.

2. Cité dans Merlin. *Rép.*, V° Noces (secondes) § 7, article 2, n° 4.

3. S. V. 8.1.328.

4. Affaire de Porte contre de Colbert. S. 55.1.514.

tion, et les porter au travail, à l'esprit d'ordre et d'économie par l'attrait d'une rémunération.

« Il a formulé cette pensée par la combinaison des articles 1387, 1497, 1520, 1525 et 1527 du Code Napoléon. On voit par le rapprochement de ces textes de quelle sollicitude le législateur entoure les conventions matrimoniales qui répondront à sa pensée.

« Il prévoit, dans l'article 1525, que le juge pourrait se préoccuper des questions de quotité disponible et de réserve, et annihiler ainsi la rémunération que les époux se permettent en la confondant avec celle que permettent les articles 1094 et 1098 du Code Napoléon.

« Il décide alors, pour enlever tout doute sur ses intentions, que les conventions qui ont pour objet l'association entre époux et l'abandon intégral des bénéfices au survivant ne sont ni quant au fond, ni quant à la forme, assimilables aux donations, mais sont au contraire des conventions de mariage entre associés...

.
« Comme on ne peut douter que l'article 1525 n'ait été édicté en vue des réserves légales, on ne comprendrait pas pourquoi des dispositions permises dans le cas où elles paraissent en contradiction avec la réserve destinée aux enfants qui naîtraient de l'union elle-même, ne seraient pas permises quand elles paraîtraient en contradiction avec la réserve des enfants nés d'une union précédente. La quotité de la réserve n'est pas la même dans les deux cas, mais la protection dont la loi l'entoure est évidemment la même.

« Si l'article 1527 qui a pour unique objet d'étendre sans limites les franchises des conventions matrimoniales, appelle l'attention du juge sur le sort des enfants du premier lit à propos de ces conventions, il est bien évident (?) que cette disposition ne s'applique pas aux conventions qui touchent aux sociétés d'acquêts et au partage de leurs bénéfices, puisque pour éviter toute équivoque, le législateur s'en explique dans la disposition finale de l'article 1527...

« Du reste, les distinctions que l'on voudrait établir à l'aide de l'arrêt de la Cour de Cassation (l'arrêt du 24 mai 1808), dégénéreraient en distinctions subtiles : le système de cette cour adopté par le tribunal de Pontoise, admet que l'article 1527 permet un partage égal quelle que soit l'inégalité des mises, ce qui va jusqu'à rendre la convention licite quand l'un des époux apporte les 99/100 de l'avoir commun.

« Or, si l'on permet l'inégalité sans limite, quelle différence y a-t-il entre l'exemple que nous citons et l'exemple d'un partage qui attribue tous les bénéfices à l'un des époux ? Tout à l'un, rien à l'autre, c'est l'inégalité portée à sa suprême puissance. Si l'article 1527 se prêtait à une interprétation, ce qui est contraire à notre conviction la plus intime, tout au plus pourrait-on dire qu'il a appelé l'attention du juge sur les conventions relatives aux sociétés d'acquêts, comme sur toutes les autres conventions qui pourraient porter atteinte à la réserve des enfants d'un premier lit.

« Dans cette hypothèse, la question qui se présente au juge est une question de fait. Il a à examiner s'il ne s'agit pas d'un mariage ou la disproportion des âges, des fortunes

et des constitutions physiques, révèle l'intention de frauder les réserves sous les apparences d'un partage inégal des bénéfices sociaux.

« Or, on ne disconvient pas que la marquise de Portes (bénéficiaire de la stipulation)(1) n'ait apporté deux millions comptant, que l'âge des époux ne fut en rapport convenable, que rien au moment de leur union dût faire présager la fin prochaine de l'un d'eux. Dans cette situation peut-on dire que la stipulation qui réserve au survivant la totalité des bénéfices fut plus favorable à la femme qu'au mari ?

« Que la cour veuille bien retenir que l'article 1527 ne s'adressant pas aux conventions qui peuvent tendre à accroître les quotités disponibles établies par les articles 1094 et 1098, mais qui tendent dès à présent, par leurs effets, à violer les limites de ces quotités. Or, une convention purement aléatoire peut bien avoir pour résultat d'enrichir M^{me}. de Portes si l'aléa se résout en sa faveur, mais elle n'y tend pas nécessairement et actuellement, à moins que les stipulations de l'association ne créent elles-mêmes des inégalités monstrueuses dans les apports qui pourraient révéler la frauduleuse intention des époux, et nous avons démontré que rien dans l'espèce, ne justifie cette supposition. »

Ces conclusions s'inspirent d'idées élevées et présentent des côtés séduisants. On peut très bien penser que si les biens de famille *Bona paterna avitaque*

1. Le procès était intenté par la comtesse de Colbert, fille du premier mariage du marquis de Portes.

comme disaient les Romains ne peuvent être soustraits (au moins au-delà d'une certaine limite) aux enfants, qui devaient compter en hériter un jour, les biens acquis en commun par les époux *quæ simul contraxerunt et collaboraverunt* devraient être laissés à la libre disposition de ceux qui les ont acquis. C'est là une conception, avec laquelle l'école de Le Play nous a familiarisés, mais ce n'est pas la conception du Code (1).

La thèse de M. l'avocat général de La Baume n'a pas fait fortune devant les tribunaux. La Cour de Paris se prononça contre elle par un arrêt du 18 novembre 1854, et le pourvoi formé contre cet arrêt fut rejeté par la Chambre des requêtes le 13 juin 1855. Les considérants de ces arrêts ne diffèrent point assez sensiblement des arguments de la doctrine rapportés plus haut, pour que nous croyions devoir les reproduire avec quelque développement.

Nous donnerons seulement les trois considérants essentiels de l'arrêt de la Cour de cassation.

«Attendu que si les stipulations permises par l'article 1525 peuvent, par l'événement du partage d'une communauté lucrative, constituer au profit du survivant, un avantage qui réduit la réserve des enfants au-dessous des limites fixées par l'article 913, cette dérogation s'explique et se justifie par cette considération que les enfants issus de ce mariage

1. Voir *infra*.

recueilleront dans la succession du survivant la portion dont ils sont privés dans l'hérédité du prémourant qu'il en est autrement à l'égard de l'enfant du premier lit qui perd irrévocablement tout ce dont la libéralité du prémourant gratifie son conjoint.

« Attendu que l'article 1527 a eu précisément pour objet de réduire dans les limites posées par les articles 1098 et 1099 les avantages que l'article 1525 permet aux époux qui n'ont pas d'enfants d'une première union, de se faire par leur contrat de mariage, que la faculté illimitée que cet article accorde aux époux de stipuler que la communauté appartiendra au survivant doit être restreinte lorsqu'il existe des enfants, d'un premier mariage aux proportions fixées par l'article 1098.

« Attendu qu'il ne s'agissait pas, dans l'espèce du partage, des bénéfices résultant des travaux communs et des économies faites sur les revenus respectifs et qui est autorisé par le dernier alinéa de l'article 1527.

Résumant la discussion, nous dirons : Si les époux font des économies sur leurs revenus et en partagent également le profit entre eux, cet avantage ne donnera pas lieu à l'action en retranchement (1).

Nous ne ferons même aucune différence sur ce point, entre les économies provenant de revenus proprement dits et celles qui proviendraient de bé-

1. Planiol, t. III, n° 1406.

néfices professionnels de l'un des époux (1), mais nous considérons, avec l'unanimité des auteurs, comme tombant sous l'application des articles 1098 et 1496 la clause qui attribuerait au second conjoint (fut-ce à titre aléatoire comme dans le cas de stipulation, au profit du suivant) la totalité ou une part excessive des bénéfices, l'excès ne commence à devenir possible que lorsque la moitié est dépassée, et il faut toujours déduire de la part attribuée au deuxième conjoint la moitié qui peut lui revenir sans violation de l'article 1098.

Cette doctrine a été généralement adoptée par les tribunaux (2). Nous nous demanderons dans nos conclusions si elle est aussi équitable qu'elle nous paraît conforme aux dispositions impératives de notre législation actuelle (3).

SECTION IV

Avantages résultant des clauses extensives de la communauté

Peuvent encore et *a fortiori* constituer des avan-

1. Aubry et Rau, t. VII, § 690 texte et note 18.

2. Cassation, 13 avril 1858. S. 58. 1. 426. — Cassation, 3 décembre 1861. S. 62. 1. 9. — Pau, 3 juin 1871. S. 71. 2. 252. — Cassation, 20 avril 1880. S. 81. 1. 70. — Paris, 26 juin 1880. S. 80. 2. 315.

3. V. *infra*, n°

tages sujets à réduction, par application des articles 1496, 1527 et 1098, les bénéfices qui résultent au profit du second conjoint :

- 1° De l'amortissement ;
- 2° D'une clause de préciput ;
- 3° D'une clause de partage inégal ;
- 4° De l'adoption du régime de la communauté universelle.

Ces diverses propositions sont tellement évidentes qu'elles n'appellent aucune démonstration.

Une difficulté pourtant pourrait être soulevée à raison de la clause connue sous le nom de *forfait de communauté*.

« On appelle ainsi la clause par laquelle l'un des époux vend à l'autre sa part de communauté pour une somme fixe, de sorte que l'un d'eux gardera tous les biens à condition de payer à l'autre la somme convenue (1).

C'est une convention aléatoire, chacun des époux peut y perdre ou y gagner.

La question de savoir si cette convention pouvait tomber sous le coup de l'action en retranchement, avait attiré l'attention de nos anciens auteurs.

Cette stipulation, se demande Pothier, est-elle censée un avantage sujet à la réduction de l'édit, lorsque

1. Planiol, t. III, n° 1312.

cette somme excède ce que la seconde femme (1) aurait eu de net pour sa part en la communauté? On dira pour la négative que cette convention est un contrat aléatoire, plutôt qu'elle ne contient un avantage : la seconde femme achète ce qu'elle reçoit de plus que la moitié des biens de la communauté par le risque qu'elle a couru de recevoir beaucoup moins que la moitié de la communauté, si elle eut prospéré autant qu'on l'espérait.

« Nonobstant ces raisons, dit Pothier, je pense que cette somme pour ce dont elle excède le montant de la moitié des biens de la communauté est un avantage sujet à la réduction de l'édit, autrement on aurait une voie ouverte d'avantager une seconde femme, en fraude de l'édit, en fixant le forfait de sa part en la communauté à une somme beaucoup plus forte qu'il n'est vraisemblable que doive monter sa part, lors de la dissolution de la communauté, et si on laissait à l'arbitrage du juge à juger cette vraisemblance, ce serait donner lieu à des procès qu'on retranche en suivant notre décision. » (2).

1. Il ne faut pas généraliser et appliquer au deuxième conjoint ce que Pothier dit de la seconde femme.

2. Pothier. *Traité du contrat de mariage*, n° 556.

SECTION V

Avantages résultant de la confusion des dettes

L'avantage indirect, réductible aux termes de l'article 1496 aux proportions de la quotité disponible de l'article 1098, peut résulter de la confusion des dettes.

Formulons une hypothèse : Primus, qui a cinq enfants d'un premier mariage et un patrimoine mobilier de 100.000 francs, épouse en deuxièmes noces Secunda, dont l'actif mobilier brut est égal au sien, mais dont les dettes ayant date certaine antérieure au mariage s'élèvent à 60.000 francs.

Ces dettes étant tombées dans la communauté seront acquittées à concurrence de 30.000 francs aux dépens de l'apport du mari, ce qui équivaut à un avantage de 30.000 francs fait par le mari à sa femme. Or, comme le mari a cinq enfants dont chacun est appelé à toucher le sixième (il ne faut pas oublier que le conjoint lui-même compte pour un enfant), la part de chacun est de 16.666 fr. 70. L'avantage résultant au profit de Secunda, de la confusion des dettes excède donc de 13.333 fr. 33, celui que l'article 1098 lui permet de recevoir. Cet excédent sera sujet au retranchement prescrit par l'article 1496.

Nous pourrions arriver à la même démonstration par un procédé de calcul différent.

Il suffirait de ne considérer comme apport de la femme que son apport net. Le mari apportant 100.000 francs, la femme 40.000 francs, nous retombons dans l'hypothèse de l'inégalité des apports.

CHAPITRE IV

Hypothèse de convols successifs

L'édit des secondes noccs défendait aux veuves ayant enfants, et qui passeraient à de nouvelles noccs, de donner à leurs nouveaux maris au-delà d'une part d'enfant le moins prenant, et l'on s'accordait généralement à attribuer à cette expression « leurs nouveaux maris » un sens collectif, comme si le législateur avait dit « tous leurs nouveaux maris ensemble ».

La rédaction de l'article 1098 se prête-t-elle moins facilement à cette interprétation ? L'homme ou la femme, dit notre article, qui, ayant des enfants d'un autre lit, contractera un second ou subséquent mariage ne pourra donner à son nouvel époux... Durantou a cru pouvoir tirer des termes de l'article 1098, de leur différence avec ceux de l'édit des

1. Aubry et Rau, t. VII, § 690, note 48.

secondes noces, la conséquence que, sous l'empire du Code civil, le veuf ou la veuve, qui, ayant des enfants d'un précédent mariage, contracte ultérieurement deux ou plusieurs nouvelles unions, peut disposer au profit de ses nouveaux époux de la quotité disponible ordinaire, pourvu qu'il ne donne à aucun d'eux, séparément, au delà de la quotité fixée par l'article 1098.

Prenons par exemple une personne qui a de son premier mariage neuf enfants : elle convole une seconde, une troisième fois. Chacun de ses nouveaux conjoints : Secundus, Tertius ne peut, d'après le système de Duranton, recevoir individuellement qu'un dixième (quotité disponible de l'article 1098), mais tous ensemble ils pourraient recevoir un quart (quotité disponible de l'article 913.)

Supposons que le conjoint remarié possède 120.000 francs. Chacun des nouveaux époux pourra recevoir 12.000 francs, car leurs deux parts, additionnées, ne feront que 24.000 francs et le quart du patrimoine (quotité disponible ordinaire) est de 30.000 francs.

Cette interprétation, disent Aubry et Rau, est évidemment contraire à l'esprit de la loi. Il est en effet incontestable que la disposition de l'article 1098 repose sur la défaveur qui s'attache au convol à de nouvelles noces, de la part d'une personne ayant des enfants d'un précédent mariage, et sur la néces-

sité de protéger les intérêts de ces enfants contre la facilité avec laquelle leur père ou leur mère se porterait à faire des avantages à son nouveau conjoint. « Or, disent nos auteurs, ces motifs ne se présentent-ils pas avec plus de force, lorsqu'il s'agit de contracter une troisième ou quatrième union, que lorsqu'il s'agit d'un second mariage ? D'ailleurs, ajoutent-ils, comment croire que les rédacteurs du Code civil, qui, sous d'autres rapports ont ajouté à la sévérité du premier chef de l'édit, aient voulu, au point de vue qui nous occupe, se montrer plus indulgents pour les troisièmes et quatrièmes mariages que le législateur de 1560 ? Nous ajouterons que la rédaction de l'article 1098 est loin d'être aussi décisive que le croit M. Duranton. En effet, cet article ne porte pas « à son nouvel époux ou à l'un de ses nouveaux époux » il dit seulement « à son nouvel époux ». Or, cette rédaction est évidemment incomplète puisqu'on ne trouve dans la phrase « ne pourra donner à son nouvel époux » rien qui corresponde aux termes « ou subséquent mariage » qui se trouvent dans la phrase précédente, et ce n'est pas d'une rédaction incomplète ou incorrecte qu'il est permis de tirer une induction qui contrarierait ouvertement l'esprit de la loi.

CHAPITRE V

Ce qu'est l'action en retranchement

Le nom d'action en retranchement était consacré par le langage de nos anciens auteurs. Le Code civil s'en est servi dans l'article 1496 et nous l'avons employé nous-même. Au fond l'action en retranchement « n'est pas autre chose que l'action en réduction ». Ce n'est pas même une action en réduction présentant des caractères spéciaux. C'est l'action en réduction ordinaire et la pratique contemporaine se sert au moins aussi souvent du terme « action en réduction », que de l'expression « action en retranchement » (1).

De cette identité, on peut tirer cette première conséquence, que le conjoint qui se remarie ayant des enfants d'une précédente union, ne serait pas admis à exercer lui-même l'action en retranchement, contre son nouveau conjoint.

1. Colmar, 19 février 1845. D. 46.

Cette action, de quelque nom qu'on l'appelle, n'est ouverte que par la mort de la femme qui a avantagé son second mari au delà des limites fixées par la loi, ou du mari qui a fait un avantage excessif à sa seconde femme.

« C'est la conséquence nécessaire de ce que c'est en vertu d'un droit de réserve spécial qu'il y a lieu de procéder à la réduction des avantages visés par l'article 1496 : Or, la réserve ne peut jamais être calculée qu'au moment de l'ouverture de la succession à laquelle sont appelés les réservataires et d'après la mesure du patrimoine existant à cette époque. » (1).

A. — *A quel moment s'ouvre le droit
des enfants du premier lit ?*

Il faut en conclure que le droit des enfants du premier lit ne s'ouvre qu'au décès de leur père ou mère marié en secondes noces.

La Cour de Limoges a fait une application assez curieuse de ce principe.

Une femme pourvue d'un conseil judiciaire s'était mariée sans faire de contrat de mariage. Une instance s'engagea de son vivant sur le point de savoir sous quel régime elle était mariée. Les enfants du

1. Pothier. *Traité du contrat de mariage*, n° 575.

premier mariage intervinrent dans l'instance, dans le but de faire déclarer que la soumission à la communauté légale emporterait en faveur du mari, un avantage supérieur à celui fixé par l'article 1098. L'intervention des enfants du premier lit fut déclarée non recevable (1).

Mais il faut aller plus loin et déclarer qu'il n'y a point lieu à l'exercice de l'action en retranchement, si la communauté se dissout du vivant des deux époux par le divorce, la séparation de corps ou la séparation de biens. Il intervient dans ce cas une liquidation provisoire faite sur les bases du contrat de mariage. Et ce n'est que plus tard, au décès de l'époux remarié, que l'on verra s'il y a lieu ou non à l'action en retranchement (2).

B. — *Qui peut exercer l'action
en retranchement ?*

L'action en retranchement ayant été créée dans l'intérêt des enfants du premier lit, c'est à ces enfants qu'il appartient de l'intenter : cela est de toute évidence.

1. Limoges, 27 mai 1867 S. 67.2.3375.

2. Demolombe, t. XXIII, n° 562. — Guillouard, t. III, n° 1435. — Rodière et Pont, t. III, n° 1631. — Planiol, t. III, n° 1414.

La condition *sine qua non* de l'ouverture de l'action, c'est l'existence d'enfants du premier lit, et il ne suffit point que ces enfants aient existé au moment du convol de leur père ou de leur mère en secondes noces, il faut encore qu'ils aient survécu à ce père ou à cette mère. La loi, n'ayant été faite qu'en leur faveur, elle cesse, comme le faisait déjà remarquer Pothier, dans notre ancien droit, s'il ne s'en trouve aucun au temps auquel la loi devait avoir son effet et venir à leur secours (1).

On pourrait, observent Aubry et Rau, soutenir, d'après les termes de l'article 1098, qu'il suffit pour son application, que le veuf ou la veuve ait eu, au moment même de la célébration de son nouveau mariage, des enfants d'une première union. En effet, l'article ne dit pas « l'homme ou la femme qui, après avoir contracté un second ou subséquent mariage, laisse des enfants d'un autre lit », il dit « l'homme ou la femme qui, ayant des enfants d'un autre lit, contractera un second ou subséquent mariage ». Mais ni la disposition de l'édit des secondes noces, ni celle de l'article 1098 qui en reproduit exactement l'esprit, n'ont jamais été entendues ainsi (2).

Comme le fait remarquer M. Planiol, il s'agit là d'une question de quotité disponible et de réduc-

1. Pothier. *Traité du contrat de mariage*, n° 560.

2. Aubry et Rau, t. VII, § 690, note 2.

tion, et cette question ne s'apprécie jamais qu'au décès du disposant (1).

Mais suffit-il que ces enfants ou quelqu'un d'eux existe au moment de l'ouverture de la succession ? Ne faut-il pas en outre qu'il soit héritier ?

Nous ne pouvons plus nous guider ici d'après les doctrines de l'ancien droit. Pothier enseignait que dès l'instant qu'un des enfants de la première union a survécu, il n'est pas nécessaire qu'il soit héritier, il suffit qu'il soit capable de venir à la succession (2).

Ce n'est là évidemment qu'un des aspects de la fameuse question de savoir si les réserves sont une *pars bonorum* ou une *pars hereditatis*. Pothier, contrairement à l'esprit du droit coutumier et peut-être parce que l'édit des secondes noccs est une résurrection d'une institution romaine. — traite la réserve des enfants du premier mariage comme une *pars bonorum*.

D'ailleurs, la doctrine enseignée par Pothier ne lui est pas propre, c'est la doctrine des auteurs de son temps. Ricard professait également que, même dans les pays de coutume, les enfants d'un précédent mariage pouvaient, en cette seule qualité, et

1. Planiol, t. III, n° 3247. — *Sic.* Merlin. *Rép.* V. Noces (secondes), § 3, art. 3, n° 1. — Grenier. *Donations*, t. II, n° 680, etc.

2. Pothier, *op. et loc. cit.*

sans se porter héritiers de leurs père ou de leur mère, demander la réduction des donations faites par ces derniers à leur nouveau conjoint (1).

L'édit des secondes nocés, disaient nos anciens auteurs, accorde le droit de poursuivre la réduction aux enfants du premier mariage. Il n'exige pas que ces enfants prennent la qualité d'héritiers. Et ils ajoutaient un argument qui pourrait passer pour un sophisme. Les biens formant l'objet de l'action en réduction ou en retranchement ne sont plus dans le patrimoine de leur père ou de leur mère, puisqu'ils en sont sortis irrévocablement par l'effet d'une donation ou d'une convention matrimoniale. Les enfants ne trouvent pas ces biens dans la succession ; ils n'ont donc pas besoin de la qualité d'héritiers pour les réclamer.

Ces motifs, en les supposant fondés, ne s'appliqueraient, dans tous les cas, qu'aux donations entre vifs et aux conventions de mariage, mais non aux dispositions testamentaires, d'où une distinction, au sujet des réserves, entre les actes entre vifs et les dispositions de dernière volonté, dont nous chercherions vainement la trace dans notre droit contemporain.

Aussi notre doctrine actuelle est-elle bien fixée (la jurisprudence a hésité sur la nature de la réserve

1. V. Planiol T. III, n° 3054 et 3055 Conf. Pothier, *Donations entre vifs*. Section III, art. 7, § 4.

et l'on connaît les voltes-faces célèbres de la Cour de cassation dans les arrêts Larroque de Mons, Leproust, Lavialle), et les auteurs contemporains sont unanimes à décider que les enfants du premier lit, comme d'ailleurs les réservataires de l'article 913, ne peuvent agir en réduction ou en retranchement qu'en qualité d'héritiers, c'est-à-dire à condition de n'être ni renonçants, ni frappés d'indignité (1).

*
* *

Les mots « enfants du premier mariage » ou « d'un autre lit » doivent être pris dans un sens tout à fait général. Cette expression comprend non seulement les enfants du premier degré, mais tous les descendants légitimes à quelque degré que ce soit. Si nous supposons qu'un enfant du premier lit soit prédécédé en laissant lui-même des enfants, ces derniers pourront invoquer le droit et exercer l'action en réduction qui appartenait à leur auteur. Mais il ne faut pas perdre de vue que, dans ce cas, la part d'enfant le moins prenant ne se calculera pas d'après l'émolument revenant à chaque tête copartageante,

1. Planiol, t. III, n° 1411. — Aubry et Rau, t. VII, § 690, note 40. — Baudry-Lacantinerie, t. II, n° 774 — Demolombe, t. XXIII, n° 564. — Nazeille, Duranton, Toullier, Delvincourt. Coin-Delisle, etc. — La vieille doctrine de Pothier et de Ricard a été encore enseignée sous l'empire du Code civil par Grenier, *Donations*, t. II, n° 706, et plus près de nous par Troplong, t. IV, n° 2724.

mais d'après l'émolument attribué à chaque souche copartageante.

Ne seraient pas exclus du bénéfice de l'action en retranchement, les enfants dont les pères étaient décédés avant la célébration du mariage de leur ascendant, et qui eux-mêmes ne sont nés que postérieurement à ce mariage. En d'autres termes, les enfants posthumes d'un enfant du premier lit, alors que le second mariage de leur grand'père, ou de leur grand'mère s'est interposé entre le décès de leur père et leur naissance. C'est une application de la règle « infans conceptus pro nato habetur, quoties de commodis ejus agitur ».

Que faudrait-il décider, si un enfant du premier lit, décédé avant son père ou sa mère ne laissait qu'un enfant naturel reconnu ? Cet enfant pourrait-il invoquer les dispositions des articles 1496 et 1098 ? On décidait assez généralement la négative avant la loi de 1896.

Si l'on considère que cette solution était principalement basée sur un argument tiré du deuxième alinéa de l'article 756 « elle (la loi) ne leur accorde (aux enfants naturels) aucun droit sur les biens des parents de leurs père et mère », que loin d'avoir disparu, la disposition finale de l'article 756 est devenue l'article 757 du Code civil, nous pensons que la même solution doit être encore enseignée (1).

1. En ce sens Aubry et Rau, I, 690, note 4.

Nous ne donnerions point une solution analogue en ce qui concerne les enfants légitimés.

Ces derniers bénéficient de tous les droits des enfants légitimes, car la légitimation a pour effet de les faire considérer comme issus du mariage par lequel la légitimation a été opérée (1).

En revanche, les enfants adoptifs ne pourraient point à notre avis, réclamer le bénéfice de l'article 1496, quand même ils auraient été adoptés par les deux époux. Ce serait trop forcer le sens des mots « issus de précédents mariages » que de vouloir l'appliquer à des enfants, dont la filiation tout artificielle n'a rien à démêler avec l'union dissoute.

*
* *

On s'accorde généralement à reconnaître que, dans le cas prévu par l'article 1098 du Code civil, qui fixe une quotité disponible spéciale entre époux, dont l'un a des enfants d'un précédent mariage, les enfants du second lit profitent de la réduction, lorsque l'action en réduction a été exercée par les enfants du premier lit (2).

C'est une doctrine traditionnelle. Les commentateurs de l'édit des secondes nocces avaient eu dans

1. *Sic.* Demolombe, t. XXIX, n° 550. — Aubry et Rau, t. VII, p. 690, n° 6.

2. Bordeaux, 16 août 1853, S. 1855.2.753.

le principe quelques hésitations. Ricard fixa la doctrine (1).

Il démontra que l'incapacité où seraient les enfants du second lit, de participer au retranchement deviendrait un avantage accessoire de la part de l'époux donateur en faveur des enfants du premier lit, au préjudice de ceux du second (2).

Il y aurait, du reste, une contradiction à considérer les enfants du second lit, comme faisant nombre pour la détermination de la part d'enfants et à ne plus les admettre à faire nombre pour la participation au retranchement.

Pothier a soutenu la même théorie (3).

Proudhon a défendu une doctrine contraire (4).

Tous les auteurs modernes se sont ralliés à l'opinion enseignée par Ricard. « Les enfants du second lit, dit M. Planiol (5) n'ont jamais droit de leur chef à l'action en retranchement, puisque la loi ne leur accorde pas, mais cela ne veut pas dire qu'ils n'en doivent pas profiter. Supposons-la ouverte au profit des enfants du premier lit et exercée par eux,

1. Ricard. *Traité des Donations*, n° 1288. *Sic*, tous les auteurs sauf Proudhon. *Usufruit*, t. I, n° 347.

2. Conf. Merlin, *Rép.*, V° Noces (secondes), § 7, art. 3, n° 2.

3. Pothier. *Donations entre vifs*. Section 3, art. 7, § 4. *Sic*, Duplessis. *Annuaire des Pommiers*, Lebrun.

4. Proudhon. *Usufruit*, t. I, n° 347.

5. Planiol, t. III, n° 1412.

après leur acceptation; le bénéfice qu'ils vont en retirer se partagera également entre eux et leurs frères consanguins ou utérins nés du second mariage de leur père ou mère. Il y a, en effet, une règle essentielle pour les successions dévolues aux enfants de la même personne : c'est la règle du partage égal entre frères (art. 745). Il ne peut donc y avoir aucune différence entre les parts d'enfants par l'effet d'une action ouverte à quelques-uns d'entre eux.

« Nous trouvons là un de ces cas où une personne obtient par l'intermédiaire d'autrui, un bénéfice qu'elle ne pourrait pas réclamer en son propre nom. » (1).

La jurisprudence est en ce sens (2), la question a été d'ailleurs, tant elle paraît évidente, rarement portée devant les tribunaux.

Mais c'est une question controversée que celle de savoir si les enfants du second lit peuvent, faute par les enfants du premier lit d'exercer l'action en réduction, l'exercer eux-mêmes.

D'après l'opinion dominante, du moment où le

1. En ce sens, Baudry-Lacantinerie, t. II, n° 776. — Marcadé sur l'article 1098, n° 4. — Aubry et Rau, t. VII, p. 284 et 690. — Mourlon. *Répétitions écrites*, t. II, p. 453. Grenier. Duranton. Toullier.

2. Bordeaux, 16 août. 1853. S. 55.2.753. — Caen, 3 avril 1872. — Sous Cass., 1^{er} juillet 1873. S. 74.1.17, Bourges, 28 déc. 1891. S. 92.2.69.

droit de demander la réduction est ouvert aux enfants du premier lit, en d'autres termes, du moment où ils viennent à la succession, leur refus d'exercer la réduction ou leur abstention ne peuvent priver les enfants du second lit, du bénéfice de la réduction, et ces derniers peuvent exercer eux-mêmes l'action.

C'était déjà la doctrine enseignée par nos anciens auteurs : Pothier, après avoir constaté que le bénéfice de l'action en retranchement doit profiter également aux enfants du premier mariage et aux enfants communs, ajoute : « de là il suit que le droit de faire réduire la donation faite au second mari, que les enfants du second mariage n'eussent pu avoir, s'ils eussent été seuls et qu'aucun de ceux du premier lit n'eut survécu, est ouvert à leur profit lors de la mort de leur mère, par la survie de quelque'un des enfants comme il l'est au profit de ceux du premier lit. « *Nec est novum in jure ut quod quis ex persona sua non haberet, ex persona alterius habeat.* » (1).

La doctrine n'a pas varié depuis le temps de Pothier et l'on décide encore de nos jours que l'action ouverte au profit des enfants du premier lit pourrait être exercée par les enfants nés du mariage, parce que ceux-ci, appelés à participer au bénéfice

1. Pothier. *Traité du contrat de mariage*, n° 567.

de la réduction ne doivent pas souffrir de la négligence de leurs frères ou sœurs. Telle est, dit M. Planiol, l'opinion générale (1). En effet, nous ne connaissons que Marcadé, Saintespès, Lescot, M. Morillot et M. Boissonade qui aient enseigné la doctrine opposée.

Les tribunaux ont, à diverses reprises, jugé dans notre sens. Nous citerons, parce qu'ils sont particulièrement nets, les considérants d'un arrêt de la Cour de Caen du 3 août 1872 (2).

« ... Attendu que l'article 1098 a, sans aucun doute, eu pour but de protéger les enfants de l'époux prédécédé contre l'influence du nouvel époux, mais que cependant il a voulu que tous les enfants sans distinction de lit, profitassent de la réduction qu'il apportait à la quotité disponible entre époux...

« Que la quotité disponible une fois déterminée... s'il existe des enfants de deux lits différents, ceux issus du dernier mariage ont droit à même réserve que les autres et qu'ayant droit à la même réserve, ils ont nécessairement aussi une action pour l'obtenir...

C'est donc de la façon la plus complète, puisque

1. Planiol, t. III, n° 1412. — *Sic*, Demolombe, t. XXIX, n° 602. — Aubry et Rau, t. VII, § 690 note 43. — Rodière et Pont, t. III, n° 1629. — Baudry-Lacantinerie, t. III, n° 324, 325.

2. Caen, 3 août 1872. S. Cass., 1^{er} juillet 1873. S. 74. I. 21.

l'on va jusqu'à leur donner au besoin l'initiative de l'action, que les enfants communs bénéficient des dispositions des articles 1098 et 1496, c'est-à-dire de dispositions qui n'ont pas été faites pour eux. Certains jurisconsultes, quelque peu mathématiciens ont trouvé cette conclusion peu rationnelle, et nous donnons à titre de curiosité spéculative un système proposé, il y a déjà longtemps, qui essayait de combiner le principe de l'article 1094 avec celui de l'article 1098.

Lorsqu'il y aurait à la fois des enfants d'un premier lit et des enfants communs, on formerait deux masses : une pour les enfants du premier lit, une pour les enfants du second mariage. On appliquerait à la première l'article 1098, à la seconde l'article 1094.

M. — Masse générale	
1 ^{er} Lit	2 ^e Lit
4 enfants	3 enfants
Total : 7 enfants	
M. (Masse du 1 ^{er} lit)	M' (Masse du 2 ^e lit)
4/7 de M.	3/7 de M.
Quotité disponible de 1098 1/5 de M.	Quotité disponible de 1094 1/4 de M' en p. propriété + 1/4 de M' en usufruit

Sur chacune des deux masses, on établirait le calcul de la réserve des enfants qui sont appelés à y

prendre part, et au lieu de donner à chacun des enfants une action collective à l'effet de faire réduire les avantages prohibés par la loi, on lui donnerait une action individuelle contre l'époux gratifié à l'effet de faire compléter sa réserve (1).

Le système beaucoup moins compliqué que nous avons exposé après tous les auteurs est plus favorable aux enfants du second lit.

On lui a même reproché d'être trop favorable, mais il est d'un maniement facile, consacré par la tradition, approuvé par l'unanimité des auteurs et nous ne voyons pas de raison suffisante de l'abandonner.

Nous croyons donc devoir nous en tenir à la solution admise. La réduction des articles 1098 et 1496 profite aux enfants communs comme aux enfants du premier lit et peut être exercée par les uns comme par les autres et l'émolument s'en partage également entre tous (2).

Signalons toutefois la distinction proposée par M. Boissonade (3).

« Les anciens auteurs, dit M. Boissonade, ne distinguaient pas entre le droit de profiter de l'action en exercice et le droit d'exercer cette action.

1. F. Bernard. *Cours sommaire de Droit civil ou exposé rationnel des principes*. 1872, t. II, p. 307 et 308.

2. *Sic.* Troplong, t. III, n° 2228. — Odier, t. III, n° 229. — Rodière et Pont, t. III, n° 1630.

3. Boissonade. *Histoire de l'époux survivant*, n° 588.

« Toute personne à qui appartient un droit doit avoir les moyens de le réaliser, il ne faut donc pas laisser le droit des enfants du second lit à la discrétion de ceux du premier.

« Nous ne sommes pas, dit M. Boissonade satisfait de cet argument, sans doute les enfants du second lit ont un droit et doivent avoir le moyen d'arriver à sa réalisation, mais quel est ce droit ? C'est celui de partager l'émolument de la réduction exercée ; pour cela ils ont une action contre leurs cohéritiers, mais ils n'ont pas, selon nous un droit, propre à demander la réduction parce que sans la présence d'enfants du premier lit, ils devraient respecter les libéralités qui n'entament point leur réserve ordinaire » (1).

Toutefois, nous reconnaissons que s'il y avait collusion entre les enfants du premier lit et le nouvel époux pour ne pas exercer l'action, ceux du second lit pourraient agir parce que *frans omnia corrumpit*.

La distinction proposée par M. Boissonade équivaut ou à peu près au refus de l'action aux enfants du second lit ; en effet il sera presque toujours impossible de prouver une collusion entre les enfants du premier lit et le second époux, collusion d'ailleurs assez invraisemblable.

1. Ainsi M. Boissonade semble lui-même hanté en 1883 par l'idée qui a inspiré en 1872 à M. F. Bernard le système que nous avons indiqué et repoussé plus haut.

Aussi M. Morillot repousse-t-il absolument l'exercice de l'action par les enfants communs. Pour lui, l'exercice de l'action en réduction tant pour les enfants communs que pour les enfants du premier lit impliquerait un caractère d'action héréditaire qu'il ne veut pas reconnaître à cette action.

Nous qui lui reconnaissons, d'accord avec la majorité des auteurs, le caractère d'une action en complément de la réserve, nous ne pouvons écarter ce caractère d'action héréditaire qui entraîne par voie de conséquence le droit de tout héritier de l'exercer.

CHAPITRE VI

Calcul des avantages sujets à retranchement

« Pour juger s'il y a avantage au profit du nouvel époux, on doit, dit M. Planiol, attendre la liquidation de la communauté (1). »

Il n'y a pas, comme un examen superficiel pourrait le laisser croire, contradiction entre cette proposition et celle qui fixe à l'époque du décès du conjoint remarié les éléments du calcul de la part d'enfant, le moins prenant. Sans doute la communauté peut se trouver dissoute *durante matrimonio* par la séparation de biens, par conséquent pendant la vie du veuf remarié, mais il y a un des éléments du calcul qui se précise dès ce moment, et qui devra être retenu pour le moment où l'on aura à établir le disponible de l'article 1098.

1. Planiol, t. III n° 1408.

Que le conjoint veuf ait apporté à la communauté 100.000 francs, l'autre conjoint 50.000 francs, à la dissolution de la communauté, le second conjoint sera attributaire de 75.000 francs, donc avantage de 25.000 francs. Et par la combinaison des articles 1496 et 1098, au décès du conjoint remarié, il sera d'ores et déjà établi qu'il a fait bénéficier son nouvel époux de 25.000 francs, qui devront s'imputer sur la part d'enfant le moins prenant dont la loi lui permet de disposer au profit de celui-ci.

Encore faudra-t-il que l'inégalité initiale n'ait pas disparu : prenons la même hypothèse, l'époux qui avait apporté à la communauté, au moment du mariage 50.000 francs de moins que son conjoint recueille au cours du mariage une succession mobilière de 50.000 francs, l'équilibre est rétabli, et l'action en retranchement (l'action à l'état virtuel bien entendu) disparaît, sauf à renaître, si l'équilibre était de nouveau rompu.

On pourrait supposer également le rétablissement de l'équilibre par des dettes qui tomberaient dans la communauté postérieurement au mariage, du chef de l'époux duquel procédait l'avantage sujet à retranchement.

Il faut d'autre part établir une balance entre les diverses clauses du contrat de mariage, afin de constater si un avantage au profit d'un des époux n'est pas compensé par un bénéfice d'autre nature attri-

bué au conjoint : de là cette observation de M. Planiol (1) : un préciput même considérable stipulé au profit du nouveau conjoint peut très bien n'être pas un avantage pour lui, par exemple s'il lui a été attribué en compensation d'un apport plus fort dans la communauté (2).

Le calcul de la réserve des enfants du premier lit présente des difficultés d'un autre ordre : ces difficultés portent sur la composition de la masse.

Le nouvel époux peut demander la réunion fictive à la masse : 1° des rapports à faire par les enfants ; 2° du montant de la réduction à laquelle seraient soumises les dispositions faites au profit d'étrangers ou même de l'un des enfants.

Il peut sembler au premier abord que les enfants seraient en droit d'invoquer pour résister à cette réunion fictive les articles 857 et 921.

Art. 857. — Le rapport n'est dû que par le cohéritier à son cohéritier, il n'est pas dû aux légataires ni aux créanciers de la succession.

Art. 921. — La réduction des dispositions entre vifs ne pourra être demandée que par ceux au profit desquels la loi fait la réserve, par leurs héritiers ou ayants cause : les donataires, les légataires, ni les créanciers du défunt, ne pourront demander cette réduction, ni en profiter.

1. Planiol *loc. cit.*

2. *Sic.* Aubry et Rau, t. VII, p. 276.

On répond à cela que l'époux qui réclame cette réunion fictive ne demande ni un rapport, ni une réduction. Son but unique est de faire déterminer par rapport à la masse totale la quotité des biens dont son conjoint a pu disposer à son profit, ce qui entraîne pour lui le droit de faire établir la masse totale.

Autres choses sont : d'une part le rapport et la réduction, et d'autre part la composition de la masse. On est étonné que les premiers commentateurs du Code civil aient pu confondre ces deux opérations (1).

Si l'on adoptait l'opinion enseignée par Chabot de l'Allier et consacrée par les arrêts jusqu'en 1826, il dépendrait du conjoint remarié dont les conventions matrimoniales produiraient au profit du nouvel époux, un avantage supérieur à la quotité disponible de l'article 1098, de restreindre les effets de cette stipulation, en faisant des dispositions en faveur d'un enfant ou d'un étranger.

Le nouvel époux a également le droit de participer dans la proportion d'une part d'enfant à la réduction des dispositions faites en sa faveur, en ce

1. Chabot de l'Allier. *Traité des successions* : sur l'article 857, n° 4. — Cass., 30 décembre 1816 S. 17. 1. 155. Cette doctrine a été abandonnée dans le fameux arrêt « Saint Arroman » rendu par la Cour de cassation toutes Chambres réunies le 8 juillet 1826, S. 27. 6. 313.

sens qu'il est autorisé à demander que le montant de cette réduction soit fictivement réuni à la masse pour le calcul de la part d'enfant qui lui revient (1).

Nous avons dit plus haut que la part d'enfant le moins prenant se calculait d'après le nombre des enfants issus tant du premier lit que du second, nombre auquel on ajoutait le nouvel époux lui-même.

Une complication se présente lorsqu'à côté des enfants légitimes, il existe des enfants naturels. Il est alors indispensable, pour déterminer la part de l'enfant le moins prenant, de distraire de la masse, la part de biens à laquelle sont appelés les enfants naturels, de telle sorte qu'elle soit supportée proportionnellement par le nouvel époux et par les enfants légitimes.

Il faut distraire de même de la masse les dispositions que le *de cujus* aurait pu faire en faveur d'un ou de plusieurs de ses enfants avec dispense de rapport ou les libéralités dont il aurait gratifié un étranger (2).

1. Aubry et Rau, t. VI, p. 281.

Demolombe, t. XXIII, n° 59.

2. Aubry et Rau, t. VI, p. 281, texte et note 33.

*
* *

*Concours des avantages matrimoniaux avec
l'usufruit légal de la loi du 9 mars 1891*

La loi du 9 mars 1891, en modifiant l'article 767 du Code civil, a fait apparaître quelques aspects nouveaux du problème résolu dans l'article 1496.

L'article 767 actuel dispose d'un côté que le conjoint survivant, dans le cas où il existe des enfants d'un précédent mariage, a droit à l'usufruit légal d'une part d'enfant le moins prenant, sans que cette part puisse excéder le quart, d'un autre côté que le conjoint survivant cesserait d'exercer le droit que lui confère la loi du 9 mars 1891 dans le cas où il aurait reçu du défunt des libéralités même faites par préciput et hors part, dont le montant atteindrait celui des droits à lui attribués par la loi nouvelle, et que si ce montant était inférieur, le conjoint survivant ne pourrait réclamer que le complément de son usufruit.

Cette dernière disposition peut-elle être considérée comme visant les avantages résultant au profit du conjoint des conventions matrimoniales ou de l'adoption du régime de communauté ?

Posons la question en termes concrets, de façon à

la rendre plus facilement intelligible. Prenons un second conjoint qui, par suite, non d'une libéralité proprement dite, mais d'une inégalité des apports à la communauté, bénéficie d'un avantage de 50.000. fr. Par hypothèse, il aurait droit à l'usufruit de 50.000 francs. Cet usufruit doit-il lui être attribué ou doit-on le lui refuser en se fondant sur ce qu'il retire du partage de la communauté un avantage de 50.000 francs ?

Les dispositions de la loi du 9 mars 1891 ne sont pas autre chose qu'une résurrection, avec une généralisation qui n'existait pas dans notre ancien droit, de l'institution du douaire. Il ne faut donc pas dédaigner les indications que nous donnent en cette matière les théories de nos anciens auteurs en matière de concours du douaire avec les avantages réductibles aux termes de l'édit des secondes noces.

Or, nos anciens auteurs distinguaient entre le douaire coutumier et le douaire conventionnel. « Quoique le douaire qu'un homme accorde à une seconde femme soit une convention matrimoniale plutôt qu'une donation, néanmoins, dit Pothier, lorsqu'il excède la valeur du douaire coutumier, il est jusqu'à concurrence de cet excédent, réputé un avantage fait par l'homme à sa seconde femme, sujet à la réduction de l'édit. Mais jusqu'à concurrence de la valeur du douaire coutumier, le douaire qu'un mari accorde à sa seconde femme n'est pas sujet

à la réduction de l'édit, n'étant pas jusqu'à cette concurrence réputé un avantage. C'est ce qui a été jugé par un arrêt solennel du 18 juillet 1615 rendu *consultis classibus* (toutes Chambres réunies) et encore depuis par un autre arrêt du 10 juillet 1656. La raison est que nos coutumes accordaient à toutes les femmes, aux secondes, troisièmes, quatrièmes, etc., aussi bien qu'aux premières, un douaire dans les biens de leur mari, lorsque leur mari ne leur en a pas accordé un, par contrat de mariage... Elles le tiennent *ex beneficio legis non ex beneficiis hominis* (1).

Nos anciens auteurs n'étaient cependant pas unanimes sur ce point, et Pothier lui-même cite une opinion de Ricard qu'il qualifie de « singulière ». Ricard enseignait que ce n'est que dans le cas où la seconde femme est d'une condition et de facultés à peu près égales à la condition et aux facultés de son mari que le douaire coutumier n'est pas réputé un avantage fait à la femme par son mari et n'est aucunement sujet à la réduction de l'édit; mais lorsqu'elle est d'une condition et de faculté beaucoup inférieures à celles de son mari, si en ce cas il n'y a pas de douaire conventionnel, on doit estimer à quoi peut monter un douaire convenable à la condition et aux facultés de cette femme.

1. Pothier. *Contrat de mariage*, n° 557.

A quoi Pothier répond non sans apparence de raison, que les lois coutumières ne règlent le douaire ni sur l'état de la femme avant son mariage, ni sur les biens qu'elle a apportés à son mari.

« Le peu de biens, observe Pothier, que la femme a apportés à son mari, n'est pas une raison pour diminuer son douaire, bien loin de cela, le douaire étant accordé aux femmes pour soutenir, après la mort de leur mari, moins elles ont de leur propre ; plus elles ont besoin du douaire que la loi leur accorde pour cela (1). »

Pothier admet donc que le douaire coutumier, le douaire légal se cumule avec les avantages résultant au profit d'un deuxième conjoint soit d'une libéralité, soit d'une convention matrimoniale ou si l'on veut que le douaire légal est en dehors de l'action en réduction qui ne porte que sur les avantages conventionnels.

Faut-il appliquer la même doctrine au nouveau « douaire légal » institué par la loi du 7 mars 1891?

M. Planiol laisse pressentir son opinion sans la discuter et sans la formuler en termes positifs. « Si, dit-il, en traitant de l'usufruit légal du conjoint survivant, les conventions matrimoniales lui procurent des avantages, ceux-ci ne sont pas en principe tout au moins considérés comme des libéralités (art. 1516 et 1525).

1. Pothier, *loc. cit*

« Voyez cependant l'article 1527 aux termes duquel les avantages matrimoniaux sont traités comme des libéralités quand ils profitent à un second conjoint. »

Il s'agit là d'avantages conventionnels ; en ce qui concerne les avantages légaux, M. Planiol ajoute « lorsqu'il y a des droits d'auteur dans la succession du prédécédé, le survivant possède sur eux un droit complet d'usufruit qui ne se confond pas avec celui que la loi de 1891 lui a accordé.

Il en est de même des pensions de retraite allouées aux veuves de militaires ou de fonctionnaires. Il y a là un cumul qui peut conférer à l'époux survivant une situation privilégiée et qu'il eût peut-être été préférable d'éviter. »

La pensée de notre savant maître ne se dégage pas d'une manière absolument nette ou plus exactement elle se porte exclusivement sur les questions voisines mais différentes de celle que nous cherchons à résoudre.

Devons-nous admettre avec Pothier le cumul de l'usufruit légal du conjoint survivant avec un avantage matrimonial qui serait seul sujet à réduction ?

Nous ne le pensons pas. On trouve en effet dans l'article 767 des précisions qui excluent l'idée d'une « mise à part » de l'usufruit légal de l'époux survivant. Le huitième alinéa de l'article insiste sur ce point que les libéralités s'imputent sur l'usufruit de l'article 767.

Or l'article 1496 et l'article 1527, au regard des enfants d'un précédent mariage assimilent aux libéralités proprement dites les avantages résultant des conventions matrimoniales. Donc ces avantages doivent s'imputer sur l'usufruit de l'article 567. L'époux avantagé ne pourrait pas en cumuler le bénéfice, même réduit aux proportions fixées par l'article 1098 avec un usufruit légal quelconque.

D'ailleurs supposons la part d'enfant fixée à son minimum. L'époux reçoit une part égale puisque le partage se fait entre lui et les enfants tant du premier lit que du second lit, sur le pied d'égalité. Si vous ajoutez au profit de l'époux la moindre part d'usufruit il aura plus qu'une part d'enfant le moins prenant, et l'article 1098 ne le permet pas.

La loi de 1891 elle-même nous fournit une indication dans ce sens en précisant que l'époux survivant exercera son droit « sans préjudicier aux droits de réserve ». L'existence de l'époux survivant ne diminue en quoi que ce soit la réserve (qui est dans l'espèce la réserve de l'article 1098), et d'autre part il ne peut jamais avoir plus que cette part minima, puisque son émolument ne peut excéder celui de l'enfant le moins prenant.

Nous nous croyons autorisé à conclure de ces diverses observations que la théorie de Pothier ne saurait plus être appliquée.

Le Code civil s'est montré beaucoup plus dur pour

l'époux survivant que notre ancien droit pour la femme survivante, puisque celle-ci était assurée du douaire coutumier.

La réaction qui a été consacrée par la loi de 1891 n'a pas été complète et n'a pas remis l'époux survivant dans la situation où était la femme avant la Révolution. Notre législation reste, quoiqu'on ait fait jusqu'à présent, enchaînée au système de la réserve, et mal disposée envers la liberté testamentaire.

C'est un fait. Est-il absolument rationnel ? S'impose-t-il au législateur ? C'est une question dont nous nous réservons de dire quelques mots dans notre conclusion.

*
* *

Propriété artistique et littéraire

Aux termes de la loi du 14 juillet 1866 sur la propriété littéraire, pendant la période de cinquante ans assignée à la durée de cette propriété, le conjoint survivant, quel que soit le régime matrimonial et indépendamment des droits qui peuvent résulter à son profit du régime de la communauté, a la jouissance des droits dont l'auteur prédécédé n'a pas disposé par acte entre vifs ou par testament.

« Toutefois, ajoute l'article 1, 3^e alinéa, si l'auteur laisse des héritiers à réserve, cette jouissance est réduite au profit de ses héritiers suivant les propor-

tions et distinctions établies par les articles 913 et 915 du Code Napoléon.

Il n'est pas question, dans le texte, de l'article 1098. Cet article et l'article 1496 sont-ils applicables en la matière ?

De plus, la loi du 9 mars 1891 est venu compliquer la question, et l'on se demande si cette loi qui est générale a abrogé ou amendé la loi de 1866.

Si, comme l'ont soutenu certains auteurs, la loi nouvelle a abrogé la loi ancienne, il n'y a plus lieu de tenir compte que des dispositions de la loi du 9 mars 1891 et la question posée se confond avec celle qui vient d'être précédemment examinée.

Si au contraire, les dispositions de la loi de 1866, subsistent à l'état distinct, nous avons à nous préoccuper des moyens de combiner le jeu de ces dispositions avec l'effet des prescriptions des articles 1496 et 1098.

Il faut donc, avant tout, se prononcer sur la question de savoir si la loi du 14 juillet 1866 a été ou non abrogée par la loi du 9 mars 1891.

Un premier système affirme l'abrogation de la loi de 1866, en se fondant sur cette idée que rationnellement, il n'existe pas de motif pour traiter le conjoint survivant d'un auteur ou d'un artiste plus favorablement que le conjoint d'un industriel ou d'un commerçant (1).

1. M. Lyon-Caen le journal *le Droit*, n° du 31 mars et 1^{er} avril

Nous ne pensons pas que ce système doive être accepté. « Per generalia specialibus non derogatur. » La loi de 1891 est une loi générale, la loi de 1866 à titre de loi spéciale n'a pu être abrogée par la loi nouvelle.

Et il semblerait d'ailleurs résulter des déclarations de MM. Delsol et Lacombe au Sénat que le législateur n'a pas eu la pensée de mettre ce principe en échec (1).

Nous croyons donc, avec un grand nombre d'auteurs, à la coexistence actuelle de deux lois (2).

Ce point admis, il est nécessaire de déterminer dans quelle mesure chacune des deux lois recevra application en cas de décès d'un auteur ou d'un artiste.

Les auteurs, d'accord sur le principe, se divisent sur la manière de l'appliquer :

1890. — M. Renault à son cours de législation industrielle *Gaz. des Tribunaux* du 5 mars 1891. Il est nécessaire de remarquer que le premier de ces articles a été publié avant la loi et dans le but d'attirer l'attention du législateur sur ce point délicat. — Il en est de même d'un article de M. Thaller publié dans *l'Annuaire du Droit commercial* au commencement de 1891.

1. *Journal officiel*, 3 décembre 1890. Débats parlementaires.

2. En ce sens, Baudry-Lacantinerie et Wahl. *Successions* t.I, n° 512. — Souchon. *Revue critique*, 1891, p. 238. — De Loyne. *Revue critique*, 1892, p. 45. — Floucaud-Pénardille. *Droit du conjoint survivant dans la succession de son conjoint*, n° 201-204.

PREMIER SYSTÈME. — Le conjoint d'un auteur ou d'un artiste continue à bénéficier de la loi de 1866, dans la même mesure que par le passé. Il peut d'autre part, se prévaloir des dispositions de la loi nouvelle, dans tous les cas où la loi de 1866 ne lui assure pas tous les avantages de la loi de 1891 (1).

Remarquons en passant qu'un amendement dans ce sens avait été déposé au Sénat en 1890 par M. Bozérien et qu'il n'en fut pas tenu compte.

DEUXIÈME SYSTÈME. — Lorsque le défunt est auteur ou artiste, il doit être censé avoir laissé à sa mort comme deux successions distinctes, l'une relative aux droits d'auteur et qui serait réglée par la loi de 1866, l'autre comprenant le surplus des biens, qui serait dévolu suivant les nouvelles prescriptions de l'article 767 (2).

On objecte à ce système qu'il est contraire aux textes existants, que l'article 767 actuel déclare positivement que, pour déterminer la part qui doit revenir au conjoint survivant, on doit opérer le calcul sur une masse composée de tous les biens existants au décès du *de cujus*, et que parmi les biens se trouvent les droits d'auteur ; on en conclut que ces

1. Pouillet, Martin, Saint-Léon et Pataille. *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique*, n° 208.

2. M. Souchon. *Revue critique*, 1891, p. 223. C'est l'opinion qui a été émise par M. Lacombe au nom de la commission du Sénat.

mêmes droits dont le conjoint survivant a déjà la jouissance à raison de leur nature spéciale doivent encore entrer en ligne de compte pour fixer l'importance de l'usufruit attribué au conjoint par la loi du 9 mars 1891 (1).

D'après M. Planiol (2), lorsqu'il y a des droits d'auteur dans la succession du conjoint prédécédé, le survivant possède sur eux un droit complet d'usufruit qui ne se confond pas avec celui que la loi de 1891 lui accorde. Au point de vue de ce droit, le conjoint survivant prime tous les héritiers.

Nous ne sommes pour ainsi dire qu'à la préface de notre discussion, et l'on voit déjà par la divergence des auteurs, de combien de difficultés elle est hérissée.

Faisons, pour un instant, abstraction des questions de réserve; le système qui se prête le plus facilement à tous les calculs est celui qui fait de la propriété artistique et littéraire un patrimoine à part distinct de la succession proprement dite (3). Cette division d'une succession en deux masses répugne-t-elle absolument à notre législation civile? Non, il y en a des exemples dans le Code.

1. Darras. *Droits d'auteur*, p. 40.

2. Planiol, t. III, n° 1879.

3. Nous rappelons que c'est le système qui semble répondre à l'intention du législateur. Voir la discussion au Sénat et la note des pages précédentes.

Ainsi lorsqu'une succession a été acceptée sous bénéfice d'inventaire, les rapports, aux termes de l'article 857 du Code civil forment une masse à part sur laquelle les légataires et les créanciers de la succession n'ont aucun droit, et cependant on ne peut pas dire que les biens et valeurs rapportés ne fassent pas partie de la masse générale du patrimoine.

En ce qui concerne la masse des éléments en dehors de la propriété littéraire on appliquera les règles des articles 1496 et 1098, ce qui aura pour effet, comme nous l'avons dit plus haut, d'écarter toute addition d'usufruit légal à la part d'enfant le moins prenant qui constitue la quotité disponible au profit de l'époux.

Sur la seconde masse, composée exclusivement des droits d'auteur du conjoint prédécédé, le second époux a-t-il droit à l'usufruit intégral ou seulement à une part d'usufruit égale à celle de l'enfant le moins prenant, si bien que s'il y avait trois enfants du premier lit et deux enfants communs, le second époux survivant n'aurait droit qu'à la jouissance d'un sixième en plus des droits d'auteur ?

M. Planiol dit bien que le conjoint survivant possède un droit complet d'usufruit et que pour l'exercice de ce droit il prime tous les héritiers.

Mais nous croyons que ce serait dépasser la portée de la pensée de M. Planiol que d'appliquer cette

intégrité et cette primauté du droit du conjoint survivant au détriment de la réserve.

En effet, la loi de 1866 déclare en termes formels que l'usufruit du conjoint sur les droits d'auteur est réduit suivant les proportions et distinctions établies par les articles 913 et 915 du Code Napoléon (1).

Cette disposition de la loi de 1866 était appliquée en ce sens que, si l'auteur avait laissé des héritiers réservataires, le droit de jouissance de la veuve était réduit à la moitié ; s'il ne restait qu'un ascendant réservataire, l'usufruit de l'époux survivant portait sur les trois quarts du droit de propriété littéraire (2).

S'il y avait un enfant commun, l'usufruit était de moitié. S'il y en avait deux, il s'exerçait sur le tiers. Il portait sur le quart s'il existait au décès de l'auteur trois enfants ou en plus grand nombre.

Nous n'avons aucune décision de jurisprudence concernant le cas où l'auteur s'étant remarié, il existait à son décès des enfants du premier lit. Mais nous n'hésitons pas à penser que dans cette hypothèse, il y a lieu de suivre, bien que la loi de 1866 ne vise que la réserve des articles 913 et 915, le système général du Code et de réduire la quotité dispo-

1. L'article 915, depuis la loi du 25 mars 1896 est devenu l'article 914 : il visait (comme aujourd'hui l'article 914), la réserve des ascendants.

2. Voir le procès concernant les droits d'auteur du romancier Ponson du Terrail. S. 83.2.2175.

nible à l'usufruit d'une part d'enfant le moins pre-
nant.

Mais ce qui améliorera singulièrement la situation du conjoint survivant, s'il est marié sous le régime de la communauté légale ou conventionnelle, c'est que, d'après la jurisprudence, la propriété littéraire ou artistique étant mobilière tombera dans la communauté. Il pourra résulter que l'époux survivant commencera par recueillir en pleine propriété la moitié de la propriété littéraire, et que les calculs qui viennent d'être exposés, quant à la jouissance, ne porteront que sur l'usufruit de l'autre moitié.

Nous disons « il pourra résulter » et non pas « il en résultera » car il peut se faire que l'attribution à la communauté d'une propriété artistique ou littéraire produise une inégalité d'apports qui constituerait précisément un de ces avantages indirects qui sont visés par l'article 1496 et qui doivent être réduits par application de l'article 1098.

Nous avons supposé jusqu'ici que l'auteur ou l'artiste ayant des enfants d'un premier lit a produit les œuvres dont il s'agit de distribuer l'émolument pendant le second mariage.

Si la production de ces œuvres était contemporaine de la première union, et que cette union ait été régie par les règles de la communauté légale, la question se présenterait dans des conditions différentes et encore plus compliquées : en effet les enfants

du premier lit auraient recueilli au décès du premier conjoint la moitié de la propriété littéraire ou artistique — conséquence absurde et injuste de la loi de 1866, qui eut dû faire, comme le remarque avec raison M. Planiol, de ce genre de richesse un propre de communauté (1).

Essayons d'appliquer ces diverses dispositions assez incohérentes à une espèce déterminée :

Un auteur, au cours de son premier mariage a créé une propriété littéraire qui vaut 100.000 francs. Deux enfants sont nés du mariage soumis au régime de la communauté,

Il devient veuf.

Les enfants prennent la moitié de la propriété littéraire, soit 50.000 francs.

Notre auteur se remarie, toujours sous le régime de la communauté, puis il meurt et deux enfants sont nés du second mariage. L'usufruit de la seconde femme porterait, s'il n'existait pas d'enfant sur 50.000 francs.

Mais par suite de l'existence de deux enfants du premier lit, et de deux enfants communs, l'usufruit de la seconde femme se trouve réduit à la jouissance d'une part d'enfant, soit à la jouissance de 10.000 fr.

Cette solution est plutôt un triomphe de l'arithmétique qu'une satisfaction à la conscience et à la raison.

1. Planiol. t. III, n° 917.

*
* *

Nous ne parlerons pas ici des dispositions de la loi du 25 mars 1873, et des décrets des 31 août 1878 et 28 janvier 1895, concernant les conjoints survivants des individus déportés à la Nouvelle Calédonie.

Nous considérons que ces dispositions législatives et administratives se suffisent à elles-mêmes et qu'elles écartent l'application, en ce qui concerne les concessions de terrains et les biens acquis dans le lieu de déportation, des articles 1496, 1098 et 1527.

CHAPITRE VII

Applications de l'action en retranchement en dehors du régime de la communauté légale

Les principes qui viennent d'être exposés en matière de communauté légale s'appliquent-ils en dehors de ce régime ?

Nous n'hésitons pas à adopter la solution affirmative.

Supposons par exemple le cas où les époux ont adopté, dans leur contrat de mariage, le régime de la communauté réduite aux acquêts, cas très pratique puisque les neuf dixièmes des Français sont mariés sous ce régime : le contrat de mariage qui n'y mêlera aucune autre clause avantageuse ne donnera pas lieu à l'action en retranchement puisque la communauté sera uniquement composée des écono-

mies faites sur les revenus ou sur les bénéfices provenant de l'industrie des époux (1).

Mais si l'on rencontrait dans le contrat de mariage quelque convention tendant au partage inégal de la communauté d'acquêts, ou à son attribution exclusive à l'un des conjoints, cette convention serait susceptible d'être ramenée dans les limites de l'article 1098.

C'est précisément dans une espèce de ce genre qu'est intervenu un arrêt de la Cour de Pau du 3 juin 1871.

*
* *

En est-il autrement, lorsque les époux, étant mariés sous le régime dotal, ont stipulé accessoirement une communauté d'acquêts dont une clause du contrat de mariage attribuerait la totalité au survivant des deux époux ?

Si c'est la femme qui survit et par conséquent recueille tous les acquêts, il ne semble pas que la solution puisse faire la moindre difficulté. Supposons qu'un homme ayant des enfants d'un premier lit, convole en secondes noces et que dans le contrat de mariage on ait introduit la clause qui vient d'être formulée, que serait-il arrivé en l'absence de cette clause ? Tous les bénéfices provenant des économies

1. Cf. Planiol, t. III, n° 1406.

2. Pau, 3 juin 1871. (S. 71. 2. 252).

faites sur les revenus auraient appartenu aux héritiers du mari. Or, dans notre hypothèse, ils sont attribués à la femme. Les enfants du premier lit sont évidemment lésés et l'action en retranchement est ouverte à leur profit.

Si la femme précède, il semble au premier abord qu'un doute pourrait s'élever. Et ce doute vient précisément de ce que, s'il n'y avait pas eu communauté d'acquêts, tous les acquêts auraient appartenu au mari, de telle sorte que la clause qui lui attribue ces acquêts ne fait que lui restituer ce qui lui aurait appartenu si le régime dotal fût resté pur.

Nous supposons, pour simplifier, que la disposition sujette à discussion faisait échoir au mari la totalité des acquêts, mais la difficulté serait exactement la même et la solution ne différerait pas si, comme dans le procès dont nous allons parler, le mari avait bénéficié, aux termes de la disposition du contrat de mariage : 1° de la quotité disponible de l'article 1098 ; 2° d'un avantage supplémentaire consistant soit dans la propriété d'une partie du reste des acquêts, soit dans l'usufruit total ou partiel de cet excédent.

La question s'est posée devant le tribunal de première instance de Rouen en 1857. Une dame Avisse, veuve en premières noces du sieur Chauvin dont elle avait eu deux enfants, avait épousé en secondes noces

un sieur Thierry. Les époux avaient soumis leur association conjugale aux règles du régime dotal, avec stipulation de communauté d'acquêts.

De plus, les futurs époux se faisaient don de la quotité disponible et une clause du contrat de mariage ajoutait que le survivant des époux aurait, sa vie durant, la jouissance des biens composant la communauté d'acquêts.

Ce fut la dame Thierry qui prédécéda.

Les enfants du premier mariage demandèrent contre le sieur Thierry la réduction de l'avantage stipulé au contrat.

Ils perdirent leur procès devant le tribunal de Rouen, mais le jugement du tribunal fut réformé par un arrêt de la Cour de Rouen du 25 juin 1857 dont le considérant essentiel est ainsi formulé :

« Attendu que la circonstance que les époux Thierry auraient pu, en se soumettant au régime dotal pur, priver la femme du droit de prétendre à quoi que ce soit du produit de la collaboration commune et des économies sur leurs revenus est sans valeur, lorsque modifiant ce régime, ils y ont ajouté une société d'acquêts ; qu'en effet, dès qu'ils n'ont pas fait ce qui leur était permis et que les conventions qu'ils ont ajoutées à la société stipulée ont pour résultat de dépasser la limite de la quotité disponible autorisée par l'article 1098, ces conventions

ne sont plus des pactions matrimoniales permises, mais des avantages condamnés... »

Le pourvoi contre cette décision fut rejeté par un arrêt du 13 avril 1858 (1). La Cour de cassation proclame que les dispositions des articles 1527 et 1098 sont applicables aussi bien dans ce cas où la société d'acquêts a été stipulée accessoirement au régime dotal que dans le cas où les époux se sont soumis simplement au régime de la société d'acquêts.

*
* *

Nous n'avons plus, pour être complets sur ce point, qu'à examiner l'applicabilité des règles que nous venons d'étudier, au régime exclusif de communauté.

La caractéristique de ce régime, c'est que le mari n'a pas à partager avec les héritiers de sa femme les bénéfices qu'il a pu réaliser » et il n'est pas obligé par une liquidation à leur dévoiler l'état de ses affaires et des secrets d'intérêts qu'il peut avoir besoin de tenir cachés » (2).

Si le régime exclusif de communauté est pur, après le prélèvement des biens personnels de la femme, et l'exercice des reprises dont elle devrait être remplie en argent, il ne peut être question d'une action quel-

1. Cass., 13 avril 1858. S. 458. 1. 26.

2. Planiol, t. III, n° 1417.

conque en réduction contre le mari, le mari n'ayant pas de compte à rendre.

Si par quelque clause du contrat de mariage (par exemple, par une attribution au survivant des époux) c'était la femme qui se trouvait appelée à recueillir le bénéfice des économies sur les revenus, il y aurait certainement donation et cette donation devrait être réduite aux proportions fixées par l'article 1098.

Si enfin nous supposons un régime exclusif de communauté atténué par la stipulation d'une communauté d'acquêts, nos solutions seront les mêmes que celles que nous avons données dans le cas où une société d'acquêts a été ajoutée accessoirement au régime dotal. On a pu dire, non sans quelque à-propos, que le régime exclusif de communauté est un régime sous lequel les biens de la femme sont dotaux quant à la jouissance (1).

1. Planiol, n° 1423.

CHAPITRE VIII

Critique de l'action en retranchement

Nos anciens auteurs donnaient pour l'exercice du droit de retranchement un procédé pratique qui peut être encore suivi à l'heure actuelle. (1)

La masse commune doit d'abord être établie.

Cette liquidation nécessite, si l'on n'est pas d'accord sur la valeur des éléments composant la communauté, des estimations et au besoin des expertises contradictoires entre le conjoint survivant et les enfants tant du premier que du second lit.

Le second conjoint a en effet intérêt à ce que les biens ne soient pas estimés au-dessous de leur juste valeur, ce qui préjudicierait aux avantages qu'il est en droit de retenir puisque ces avantages se mesurent sur la valeur de la part de l'enfant le moins

1. Renusson. *Communauté*, IV^e partie, chap. III, n^{os} 21 et 22.

prenant, et que cette part est plus ou moins élevée, suivant la valeur des éléments dont elle est composée (1).

Une fois la masse commune liquidée, chaque époux en retire tout ce qui y est entré de son chef, sous la déduction des dettes respectives acquittées aux dépens des biens communs. On partage par moitié la masse subsistante après ces reprises et déductions.

Par suite, la succession de l'époux prédécédé comprend : 1° ses biens propres ; 2° les apports retirés à son profit de la communauté ; 3° la moitié du surplus de la communauté.

La masse ainsi composée est divisée en autant de parts qu'il y a d'enfants tant du premier lit, que du second, plus une, puisque l'époux survivant doit lui-même être compté pour un enfant, — le second conjoint prend une de ces parts, qui dans le cas d'un avantage fait à quelqu'un des enfants ne pourrait être supérieure à celle qui serait attribuée au moins bien traité des copartageants (2).

Un vif mouvement de réaction se dessine depuis quelques années dans la doctrine contre les rigueurs de l'article 1038 et les dispositions qui s'y rattachent.

1. Pothier, *Contrat de mariage*, n° 575.

2. Renusson, *Communauté*, 4^e partie, chap. 3, n°s 21 et

22. Conf. Pothier, *op. cit.*, n° 550.

On reproche à ces débris vénérables d'une législation vieille de plus de trois siècles, de n'être plus en harmonie avec nos idées modernes, et avec la situation économique contemporaine.

D'abord, dit-on, le législateur perd son temps lorsqu'il prétend s'opposer aux libéralités qui pourraient être faites par un veuf ou une veuve à un nouveau conjoint : les valeurs au porteur et les dons manuels offriront toujours un moyen facile d'éluder la loi à ceux qui seront tentés de contrevenir à ces prohibitions. Il vaudrait mieux souffrir ce que l'on ne peut empêcher.

Cette législation impuissante est en outre une législation injuste. Il y a des seconds mariages qui sont suggérés, non par un caprice sénile mais par des sentiments d'un ordre infiniment respectable, parfois même d'un ordre élevé. Tel époux se remarie pour donner un père ou une mère aux enfants de sa première union. Pour un nouveau conjoint qui n'a peut-être pas de fortune, il ne peut pas faire ce qu'il ferait pour un étranger, il ne peut pas lui assurer une vie décente par une libéralité qui n'aurait rien d'excessif, il ne peut même pas maintenir à son profit les avantages du régime préféré du législateur, le régime de la communauté.

Impuissante et injuste, la loi est de plus immorale : elle intéresse le nouveau conjoint à avoir le moins d'enfants possible de peur de réduire à des

proportions infimes cette part d'enfant le moins prenant qui lui est si parcimonieusement mesurée par la loi.

Ces critiques ne sont point sans fondement.

Mais il ne faut pas ne voir qu'elles. Le fait qui provoque l'édit des secondes noccs peut se reproduire. Disons mieux : il se reproduit à chaque instant. Des fantaisies de vieillard engendrent fréquemment des unions scandaleuses, de sorte que les législateurs qui voudraient réformer le code auraient à se diriger entre deux écueils.

Nous croyons que le meilleur parti à prendre pour concilier les intérêts en conflit consisterait à se montrer sévère pour les libéralités en pleine propriété parmi lesquelles on continuerait à classer les avantages qui résultent des conventions matrimoniales et qui sont visés par les articles 1496 et 1527 du code civil, et relativement large au regard des libéralités en usufruit.

Les libéralités en usufruit présentent elles-mêmes cependant un grand danger pour les enfants du premier lit. En effet, on a vu bien souvent un veuf épouser en secondes noccs une femme plus jeune que ses filles. Le droit des enfants du premier lit peut, en pareil cas, devenir illusoire, dérisoire tout au moins.

Pourquoi, à moins que ce ne soit par respect des traditions, faire une situation identique aux enfants du premier mariage et aux enfants du second lit ?

Leurs intérêts ne sont pas les mêmes. Les enfants communs retrouveront dans la succession du second conjoint le patrimoine dont ils auront été momentanément privés, tandis que la perte subie par les enfants du premier lit est irréparable, définitive.

Nous avons écarté plus haut comme incompatible avec la législation actuelle, un système qui propose de diviser la succession en deux masses : l'une revenant aux enfants du premier mariage, l'autre constituant la part de succession des enfants communs, et d'établir pour rapport à chacune de ces masses une quotité disponible différente ; à la première la quotité disponible de 1098, à la seconde celle de l'article 1094.

Si ce système ne nous paraît pas pouvoir être appliqué aujourd'hui, nous ne le condamnons pas en principe, et nous pensons qu'en cas de réforme du Code civil, il pourrait être pris en sérieuse considération.

On donnerait une large part d'usufruit à l'époux survivant sur les biens revenant aux enfants communs, un usufruit de moitié comme le permet l'article 1094 et sur les biens revenant aux enfants du premier lit, on le réduirait à une part d'enfant le moins prenant.

Il faudrait peut-être aussi se rappeler que l'édit de 1560 avait un second chef calqué non plus, cette fois, sur la loi *hac edictale* de Léon et Anthémices,

mais sur la loi *feminæ* qui est une constitution des empereurs Gratien, Valentinien et Théodore (1).

Ce second chef de l'édit de François II statuait que « au regard des biens à icelles veuves acquis par dons et libéralités de leurs défunts maris icelles n'en peuvent et ne pourront faire part à leur nouveau mari ».

Cette disposition fut bien près de passer dans notre Code (2). On l'écarta sous prétexte que notre loi ne distinguait ni la nature, ni l'origine des biens pour en régler la dévolution (3). Comme s'il eût été difficile d'introduire une succession anormale de plus dans un Code qui en comptait déjà quatre (4).

On pourrait encore, comme on aurait pu alors, créer au profit des enfants du premier lit une succession anormale très analogue à celle de l'article 766, qui aurait pour objet les biens provenant à l'époux remarié de son premier conjoint.

En somme que veut-on ? quelle mesure commande la justice ? On veut et il est juste que la fortune du conjoint ne passe pas, au détriment de ses enfants, sur la tête du nouvel époux. A cette occasion, nous

1. L. 3, au Code *De secundis nuptiis*, étendue aux hommes pour la loi 5, même titre.

2. Voir la discussion dans Locré.

3. Article 732 du Code civil.

4. Articles 747, 766, 351, 352 du Code civil.

ferons remarquer que le second chef de l'édit des secondes nocés répond beaucoup mieux à cette préoccupation que celui qui a été conservé dans l'article 1098.

On objectera que le droit de succession anormale des enfants du premier lit, s'il existait, pourrait être mis en échec par la dénaturation systématique des biens provenant au veuf remarié de son premier conjoint.

L'objection est fondée et le système que nous indiquons, sans autre prétention que celle d'amorcer une solution susceptible de tous les perfectionnements, aurait sans doute besoin d'être élargi et rendu pratique par des mesures conservatoires instituées au décès du premier conjoint.

Au regard de l'article 1496 qui fait l'objet plus spécial de notre étude, on pourrait faire « des propres mobiliers » de tous les biens visés au second chef de l'édit des secondes nocés.

Nous avons, plus haut, toujours en nous plaçant au point de vue de la législation actuelle, combattu les conclusions données en 1854 par l'avocat général de La Baume devant la Cour de Paris.

Ces conclusions, on s'en souvient, établissaient une distinction entre les apports des époux et les bénéfices de la seconde communauté, tendant, en ce qui concerne ces bénéfices, à laisser aux époux la plus grande latitude de disposition.

Nous n'avons pas hésité à avouer que dans ce système actuellement en contradiction avec les textes, il n'y avait rien qui heurtât les idées de notre génération.

Cette latitude de disposition au regard des bénéfices de la nouvelle communauté nous paraît appelée à triompher dans l'avenir, non pas en jurisprudence, mais en législation.

Notre conclusion pourrait se résumer en cette idée que nous sommes en présence d'une législation vieillie, dont le principe devrait être maintenu, puisqu'il est bon, mais dont les applications excessives pourraient utilement être modifiées.

Sans doute, l'unité du patrimoine, proclamée par l'article 732 et de laquelle découlent une bonne partie des difficultés de notre matière, a quelques bons côtés, mais ce n'est pas une arche sainte, sur laquelle on ne pourrait porter la main, sans se rendre coupable de sacrilège.

Vu : le Président de la thèse.

PLANIOL

Vu : le Doyen.

LYON-CAEN

Vu et permis d'imprimer :
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris
BONARIC

TABLE

CHAPITRE I. — Historique.....	5
CHAPITRE II. — Caractère général des conventions matrimoniales	20
CHAPITRE III. — Quels avantages sont sujets à retranchement ?.....	30
<i>Section I.</i> — Avantages résultant de la confusion du mobilier et des dettes sous le régime de la communauté légale.....	34
<i>Section II.</i> — Successions mobilières échues aux époux pendant le mariage.....	43
<i>Section III.</i> — Revenus. Economies.....	51
<i>Section IV.</i> — Avantages résultant des clauses extensives de la communauté légale.....	64
<i>Section V.</i> — Avantages résultant de la confusion des dettes.....	67
CHAPITRE IV. — Hypothèses des convols successifs ou subséquents. Mariages.....	69
CHAPITRE V. — Ce qu'est l'action en retranchement....	72
A. — A quel moment s'ouvre le droit des enfants du premier lit ?.....	73
B. — Qui peut exercer l'action en retranchement ?.	74
CHAPITRE VI. — Calcul des avantages sujets à retranchement	89
CHAPITRE VII. — Applications de l'action en retranchement en dehors du régime de la communauté légale.....	110
CHAPITRE VIII. — Critique de l'action en retranchement	116

